

TEORIA DEL NEGOZIO ILLECITO

Inv. A. 14.184

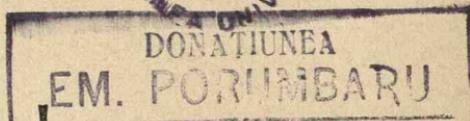
FRANCESCO FERRARA

TEORIA DEL

NEGOZIO ILLECITO

NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

41412



1902

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

VIA KRAMER, 4 - MILANO - GALL. DE CRISTOFORIS, 54

CONTRICI 1953

1961

D

Biblioteca Centrală Universitară
"Carol I" București
Cota.....39208.....

201/09

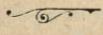
B.C.U. Bucuresti

C41412

AL PADRE MIO

CHE MI AMÒ TANTO E CHE NON È PIÙ

INDICE



**Letteratura: Fonti a) esegesi dei testi romani; b) scritti sistematici
e commentari; c) monografie.**

CAPO I. — Concetto del negozio illecito	1
1. Libertà contrattuale, significato giuridico di questo principio . . .	ivi
2. Restrizione della libertà contrattuale: leggi proibitive. Funzione e carattere dei divieti	2
3. Negozio illecito. Offesa alla legge, alla morale, all'ordine pubblico . .	3
4. Carattere sussidiario del principio della nullità dei negozi <i>contra bo- nos mores</i> e contro l'ordine pubblico	5
5. Critiche mosse contro il principio della nullità del negozio immorale. Risposte	ivi
6. Illecito ed impossibile, distinzione. Critica della dottrina del Sell. . .	8
7. Illecito ed impossibile giuridico. Critica della definizione del Giorgi . .	11
8. I. FONTI DELL'ILLECITO a) <i>contraddizione alla legge</i> . Con quali leggi è possibile un negozio illecito. Negozio incompleto e negozio proibito	17
9. <i>Fraus legis</i>	21
10. Qualificazione delle leggi proibitive. Il negozio illecito risulta dalla violazione di una <i>lex prohibitiva perfecta</i>	23
11. Criterio di distinzione delle leggi d'interesse pubblico dai divieti pe- nali. Conclusione	25
12. b) <i>Urto al buon costume</i> . Determinazione del concetto d'immoralità . .	28
13. Funzione di repressione dell'immorale esercitata dall'ordine giuridico . .	30
14. Manifestazione dell'immorale: scandalo pubblico	31
15. Distinzione tra immoralità e indelicatezza: conseguenze	33
16. Variabilità della morale secondo i popoli e secondo i tempi	34
17. Qual'è la morale decidente e protetta dall'ordine giuridico	35
18. Il giudizio sulla moralità di un'azione è una <i>questio facti</i> . Possibilità di una violazione di diritto in questo giudizio	37
19. Campo abbracciato dall'immorale: azioni delittuose, azioni non pun- nite. Critica della distinzione fra reati di gius naturale e di crea- zione politica	ivi
20. Immoralità in <i>committendo et in omittendo</i> . Critica del concetto di <i>pa- tientia</i> del Lotmar	39
21. Immoralità relativa per insofferenza dell'azione di un vincolo obbli- gatorio o di un corrispettivo patrimoniale: quando debba ritenersi l'immoralità del patto <i>ne maleficium facias</i> . Critica di un'opinione dell'Unger	40
22. Significato restrittivo in cui si vuole intendere il principio del nego- zio immorale. Rigetto di tale sistema	45
23. c) <i>Deroga all'ordine pubblico</i> . Determinazione di questo concetto. Ri- cerca storica, diritto romano ed intermedio, lavori preparatori del codice francese	47

24. Dissertazione del Mauguin	56
25. Dissertazione dell'Aglave	58
26. Analisi esegetica	60
27. Risultato	63
28. Distinzione tra ordine pubblico ed interesse pubblico	65
29. Esame della questione se nel diritto nostro esistono consuetudini d'ordine pubblico	ivi
30. Ordine pubblico e diritto pubblico	68
31. II. FORME DELL'ILLECITO. Negozio obbiettivamente illecito	70
32. Negozio causalmente illecito	72
33. Negozio condizionato illecito. La condizione deve tendere a spingere il legatario ad una illiceità o coll'attrattiva di un guadagno o colla minaccia di un danno	74
34. Condizioni che tendono a spingere l'onorato ad una immoralità relativa. Critica della teoria di Windscheid. Condizioni che diventano illecite perchè mirano a corrompere l'animo del legatario	78
35. Criterio per riconoscere quando il negozio condizionato è illecito	80
36. Validità delle condizioni riguardanti la illiceità di un terzo	84
37. Nullità delle condizioni alternativamente poste, una onerosa lecita ed una illecita	85
38. Efficacia delle condizioni che tendono a spingere il legatario ad un beneficio od al compimento del proprio dovere	ivi
39. Teoria delle condizioni illecite nel diritto nostro	86
40. <i>Modus</i> . Distinzione tra condizione e modo	87
41. Modo illecito	91
42. Struttura del negozio illecito. Conseguenze: 1) La intenzione illecita non influisce sulla validità del contratto	92
43. 2) Le circostanze od i mezzi immorali con cui il contratto è concluso non influiscono sulla sua efficacia: negozio doloso, violentato, suggestorio, sfruttatorio	94
44. 3) La immoralità che occasiona il negozio non può essere apprezzata giuridicamente	97
45. Campo d'applicazione dell'illecito: atti unilaterali e bilaterali: statuti d'associazione e tariffe e condizioni di lavoro	98
46. Specie d'illiceità	99

CAPO II. — Applicazione 101

47. I. NEGOZI ILLEGALI. <i>Nel diritto di famiglia</i> : matrimonio, riconoscimento, legittimazione, adozione illecita	ivi
48. <i>Nel diritto delle obbligazioni</i> : a) patti successori. Critica della teoria comune, tradizione storica nel diritto Romano e Germanico	103
49. Forme dubbie di patti successori	108
50. b) Patti nuziali derogatori ai diritti attribuiti al capo della famiglia od ai coniugi o proibiti nell'interesse di terzi. Patti dotali proibiti dal diritto Romano	111
51. c) Divieto del contratto di donazione	114
52. d) Proibizioni nel contratto di vendita: svolgimento storico del divieto nel diritto Romano, barbarico, intermedio fino al diritto moderno. Incommerciabilità dei titoli nobiliari	115
53. Proibizioni relative alle persone dei contraenti. <i>Pactum de quota litis</i>	119
54. e) Patti lesivi ed iniqui: nel contratto di società (società leonina), nel contratto di matrimonio, nel contratto di soccida. Patto commissorio. Sviluppo storico di questo divieto	124
55. f) Patti esorbitanti: locazione ultratrentennale, patto d'indivisione ultradecennale, patto di riscatto ultraquinquennale	127
56. g) Obbligazioni che offendono la personalità umana. Divieto della locazione della propria opera a vita	129
57. h) Patti vietati nel contratto d'enfiteusi	132
58. i) Patti vietati nel contratto di mutuo. Patto di restituzione in moneta metallica sotto il corso forzoso	134

59. D) Giochi e scommesse. Difetto d'azione in questi contratti. Giochi privilegiati. Leggi speciali per cui è accordato il diritto di esercitare giochi pubblici, lotterie, sorteggi. Giuoco del lotto. Critica di un'opinione del Giorgi. Contratti a termine differenziali. Applicazione dell'art. 1804 contro gli aggiottatori	137
60. Seguilo. Carattere giuridico delle <i>boules de neige</i>	143
61. Nel diritto successorio: disposizioni intese a creare enti e fondazioni sopresse: quando un legato di culto può considerarsi vietato	147
62. Sostituzioni fedecommissarie	150
63. Clausola con cui si rinunzia alla libertà di revocare o cangiare le disposizioni testamentarie	158
64. Proibizione fatta all'erede di accettare col beneficio d'inventario	159
65. Proibizione agli eredi di domandare la divisione ereditaria	ivi
66. Condizione di non sposare: validità delle condizioni semplicemente limitative della libertà di sposare	160
67. Condizione di vedovanza	164
68. Se è violata la condizione di vedovanza col concubinaggio o col matrimonio religioso	168
69. II. NEGOZI IMMORALI: è nullo il patto con cui si organizza uno scio-pero?	169
70. Coalizioni commerciali e monopoli	172
71. Patti <i>de non licitando</i>	177
72. Patti tra il fallito ed i suoi ereditori per ottenere l'adesione al concordato	178
73. Corruzione elettorale, giornalistica, parlamentare. Patti con cui si organizza la <i>claque</i> in teatro	ivi
74. Manovre di sollecitazione	183
75. Patti per la rivelazione d'una successione sconosciuta	185
76. Patti per recar danno altrui	186
77. Patti sessualmente immorali: contratto di meretricio	187
78. Contratto fra prostitute e tenitore di postribolo. Critica di un'opinione del Ratto	189
79. Cessione dell'esercizio di un postribolo	193
80. Prestazione della propria opera a scopo osceno. Contratti teatrali. Validità dei negozi tra modelle e pittori	195
81. Patti di concubinato. Critica dell'opinione comune che nega validità alle donazioni anche ispirate segretamente dal fine di ricompensare i favori ricevuti	ivi
82. Prossenetico matrimoniale. Rilievo di un'opinione del Kohler	199
83. Negozi che diventano immorali per il contatto d'un vantaggio pecuniario: condizione di mutar religione	204
84. Negozi che diventano immorali perchè la prestazione stipulata è obbligatoria nello stipulante. Contratti sul silenzio. Validità della rinunzia all'azione penale per reato d'azione privata. Eccezione per i reati contro l'onore	209
85. Prestazioni civilmente inviolabili: patti con cui si vincola un sentimento dell'animo o il pensiero umano	214
86. Validità delle condizioni relative a queste prestazioni: condizione di emancipare, condizione di sposare anche una persona determinata	215
87. Condizione di abbracciare una professione od un certo stato sociale, condizione di farsi prete	218
88. Nullità della rinunzia <i>preventiva</i> ai mezzi di difesa legali: <i>pactum de dolo non praestando</i>	223
89. Seguilo. Patti vessatori nei contratti teatrali, nel contratto di lavoro	225
90. III. NEGOZI CONTRARI ALL'ORDINE PUBBLICO: negozi contrari all'ordinamento dello Stato, rinunzia ad un diritto inerente alla sovranità, contratti sui pubblici uffici	228
91. Negozi intesi a frodare le leggi finanziarie	231
92. Negozi contrari alla sanità pubblica; condizione di esser cremato	233
93. Negozi derogatori alle leggi di protezione sulla pubblica beneficenza	234

94. Negozi derogatori alle leggi sulla pubblica istruzione: nullità di una transazione sui premi scolastici	235
95. Negozi con cui si vuole escludere la sanzione sociale per violazione di un diritto: nullità della rinuncia ad un'azione penale per reato d'azione pubblica	ivi
96. Negozi contrari al diritto processuale o giudiziario: nullità del patto di esclusione di una prova	237
97. Negozi contrari all'ordine pubblico nel diritto privato: patti intesi a sacrificare un diritto assoluto dell'individuo	239
98. a) Diritto all'esistenza	ivi
99. b) Diritto sul proprio corpo. Nullità dell'obbligazione di assoggettarsi ad un'operazione chirurgica od a stare in un ospedale. Nullità della vendita dei capelli non tagliati. Nullità della vendita del cadavere	241
100. c) Diritto alla libertà: convenzione per cui alcuno si assoggetta alla dipendenza di un altro, condizione di rimanere sempre in un luogo determinato o di convivere sempre con qualche persona	243
101. d) Diritto al lavoro: clausole di concorrenza	248
102. e) Diritto all'onore: condizione di sposare una persona indegna o scegliere una professione indecorosa: condizioni derisorie	253
103. Negozi che intendono modificare od annullare la capacità giuridica della persona: condizioni di non alienare	254
104. Negozi che vogliono limitare o derogare allo stato di una persona	258
105. Negozi che vogliono annullare o limitare la libertà politica dell'individuo	259
106. Negozi che vogliono sfuggire alle condizioni e forme stabilite per l'esercizio dei diritti e l'esistenza dei negozi	260
107. Negozi che vogliono sottrarsi agli effetti della violazione di un divieto d'ordine pubblico o di un precetto legale: divieto d'impugnare per certi vizi il testamento e clausole di decadenza	261
CAPO III. — Effetti del negozio illecito	265
SEZIONE I.	
108. Nullità del negozio illecito: carattere difensivo e penale di essa	ivi
109. Svolgimento storico del principio della nullità dei negozi illeciti: nell' <i>ius civile</i>	266
110. Nel diritto pretorio	268
111. Nel Codex	269
112. Nel Medioevo	270
113. Diritto moderno. Carattere giuridico di questa nullità: originaria, assoluta, indipendente dalla scienza delle parti e dal grado della violazione	ivi
114. Come si attua ed in che consiste la nullità: mancanza dell'effetto giuridico desiderato. Impossibilità d'estinzione di un'obbligazione illecita, nullità della dazione <i>solvendi causa</i>	272
115. Discussione circa la validità del pagamento operato <i>ob turpem causam</i> . Sistema del diritto Romano: <i>causa civilis</i> e <i>condictiones</i>	274
116. Seguito. Sistema del diritto nostro. Causa giuridica. Nullità del pagamento	277
117. Seguito. Esclusione della ripetizione nel diritto Romano, quando vi è turpitudine del dante o turpitudine bilaterale del dante e dell'accipiente	281
118. Seguito. Nel diritto giustiniano	283
119. Seguito. Diritto medioevale	284
120. Seguito. Il principio « <i>nemo potest allegare propriam turpitudinem</i> » nel diritto intermedio. Diritto anteriore alla codificazione francese	285
121. Seguito. Diritto nostro. Esame delle varie teorie. Costruzione analogica del principio dell'irripetibilità del <i>datum ob turpem causam</i>	289
122. Altre conseguenze giuridiche della nullità del negozio illecito: nullità degli accessori	296

123. La nullità del negozio illecito è insanabile. Inefficacia della conferma, riconoscimento, giuramento. Impossibilità di convalescenza e conversione	296
124. Mancanza di diritto di risarcimento derivante dal negozio illecito	298
125. Nullità totale o parziale del negozio illecito	299
126. Influenza della forma del negozio illecito. Discussione se nel diritto nostro esistono contratti astratti o formali.	301
127. Seguito. Esame dei vari casi in cui il diritto germanico riconosce contratti formali: promessa di debito, riconoscimento, contratto di conteggio, confessione giudiziale, rimessione, indicazione di pagamento, cambiale, titoli al portatore	303
128. Conclusione	315

SEZIONE II.

129. Purificazione della illiceità nei negozi condizionati <i>mortis causa</i> . Accenno alle numerose opinioni con cui si è cercato spiegare questo principio. Interpretazione dell'Hofmann e dell'Alibrandi.	315
130. Applicazione nel diritto moderno	319
131. Risultato generale	322

I.

FONTI

Diritto antigiustiniano.

ULPIANI, Fragment. tit. I, § 1, 2, 3, 4, tit. VII.

PAULI, Sent. Recep. III, 4 B § 2.

GAI, Instit. II, 9.

COD. GREGORIANI, I, 2.

Diritto Giustiniano.

DIGESTO.

Tit. de pactis (2, 14).

» de condict. ob turp. vel iniust. caus. (12, 5).

» de legatis et fideicom. I, II, III (30, 31, 32).

» de condit. et demonstr. (35, 1).

» de obligat. et action. (44, 7).

» de verbor. obligat. (45, 1).

CODEX.

Tit. de legibus et const. (I, 14).

» de pactis (II, 3).

» quae res veniri non possunt (III, 40).

» de condict. ob turp. causam (IV, 7).

» de instit. et substit. (VI, 25).

» de conditionibus (VI, 46).

» de inutil. stipul. (VIII, 39).

ISTITUZIONI.

» de inutilib. stipul. III, 19.

II.

LETTERATURA

a) ESEGESI DELLE FONTI.

GLOSSA, ai titoli citati.

ALCIATUS, *Comm. in varios tit. Dig. de pactis*, p. 305.

DUARENUS, *Comm. in varios Dig. libr., in tit. de pact.*, c. IV, p. 39.

CUIACIUS, *Opera omnia*, IX, p. 96, 234, 498, 687.

DONELLUS, *Comm. in Codic.*, ad tit. III, l. 2 p. 29 e seg., ad tit. VII, l. 4 p. 162 e seg.

HOTOMANUS, *Scholae in LXX tit. Dig. et Cod.*, ad l. II, tit. 3 Cod. p. 261, ad l. IV, t. 10 Cod. p. 398.

FABER, *Codex Fabrianus* IV, 288.

BRUNEMANN, *Comm. ad Pand.* ad tit. II, de pactis.

VOET, *Comm. ad Pandectas*, ad tit. de pact. e de cond. ob turpem caus.

b) SCRITTI SISTEMATICI E COMMENTARI.

- GLÜCK, *Erläut. der Pandekten* (traduz. ital.) II, § 304.
 MACKELDEY, *Lehrbuch des röm. Rechts* § 170, 179.
 MÜHLENBRUCH, *Doctr. Pandect.* § 213, 333, 356, 105.
 SAVIGNY, *System des röm. Rechts* III, § 122.
 » *Obligationenrecht* I, S. 384.
 VANGEROW, *Pandekten* I, § 93, 602.
 ARNDTS, *Lehrbuch der Pand.* I, § 72 II, § 202.
 BRINZ, *Lehrbuch der Pand.* § 329.
 WINDSCHEID, *Pandektenrecht* I, § 81, 94 II, § 314-315.
 PERNICE, *Labeo* II, S. 459.
 DERNBURG, *Pandekten* I, § 107, II, § 16.
 BEKKER, *System des heut. Pand.* II, § 99, 117, III, § 125.
 REGELSDORFER, *Pandekten* § 147, 153.
 ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürg. Rechts* I, § 102, 103.
 STAMMLER, *Recht der Schuldverhältnisse* S. 31.
 SCHEY, *Obligationverhältnisse* S. 149.
 HÖLDER, *Zum allg. Theil des Entwurfes eines deuts. bürg. Gesetzb.* (Archiv. f. civ. Prax. Bd. 73, S. 100).
 » *Der allg. Theil d. deut. Zivilgesetzentw. in zweit. Lesung* (Archiv. Bd. 80, S. 42).

- DOMAT, *Lois Civiles* liv. I, tit. I, sez. IV, e V.
 POTHIER, *Traité des Obligations* I, § 43, 204.
 MERLIN, *Répert. « causes des obligations »*.
 DALLOZ, *Répert. « obligation »* n. 550-650, 1137-1144.
 TOULIER, *Cours de droit civil franç.* V, § 241 e seg. VI, § 157-164, 181-187.
 DURANTON, *Traité des contrats* § 279-447.
 TROPLONG, *Des donations et testaments*, art. 900 C. N.
 MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du C. N.* III, § 479 e seg. IV, § 449, 457.
 DEMOLOMBE, *Cours de Code Nap.* XXIV, § 323-343, § 374-382, XVIII, § 203-318.
 LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations* I, art. 1133 II, art. 1172.
 ZACHARIAE, *Aubry et Rau* t. III, p. 215 e seg. t. VI, p. 3 e seg.
 LAURENT, *Principes de droit civil* XVI, § 82-106 § 124-164 XI, § 439-502.
 BAUDRY-LACANTINERIE, *Des Obligations* § 243 e seg.
 CROME, *Grundlehren des franz. Obligationenrechts* S. 40.

- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni* III, § 311-407.
 POCHINTESTA, *Diritto delle obbligazioni* § 276, 285.
 LOMONACO, *Delle obbligazioni* § 341.
 PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* V, § 33, 62.
 DE CRESCENZIO E FERRINI, *Obbligazione* (Encicl. giur. ital. vol. XII, parte I), pag. 678 e 267 e seg.
 CHIRONI, *Istituzioni* I, § 64, II, § 252.
 GIANTURCO, *Sistema di diritto civ. ital.* § 53.
 FADDA E BENZA, *Note alla traduzione delle Pandette di Windscheid*, disp. 38.

c) LAVORI MONOGRAFICI.

Nel diritto comune :

- BODINI, *Disp. de conditione turpi impleta* (1696).
 DURANI, *Tract. de cond. et mod. imposs. ac iure prohibitis* (1700).
 BASTINELLER, *Diss. de pari turpitudine* (1734).
 STRECKER, *Progr. de conditione impossibili* (1752).

MAIANSIÒ, *Diss. de factis contra legem* (1752).

CRELL, *Observ. de fructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti*.

WIESAND, *Utrum et quatenus legibus praes. prohibet. renunciari possit* (1792).

PAUW, *Condictio ob turpem causam* (Stocolma).

SEEGER, *De repetitione ob turpem rem datorum*, Stuttgart (1854).

STRYCK, *De societate inhonesta* (spec. 187) e *De mandato turpi* (spec. 183).

Nel diritto tedesco:

WINIWARTER, *Inwiefern sind nach d. oest. Ges. gesetzwidrige Handlungen ungültig* (Zeitschr. f. oesterr. Rechtsgelehr. I, S. 321).

HARUM, *Natur und Wirkung der unmögl. und unerlaubten Bedingungen*.

SELL, *Die Lehre v. den unmöglichen Bedingungen* (1834).

FITTING, *Über den Begriff der unsittlichen Bedingung* (Archiv. für die civ. Prax. B. 56).

RAVIT, *Über unsittliche Bedingungen und Verträge* (Archiv. f. die civ. Prax. B. 58).

ARNDTS, *Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilr.* S. 161 e seg.

BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (Archiv civ. B. 64).

SCHRÖDER, *Zur Lehre von den Veräußerungsverboten* (1875) e la recensione che ne fa Kohler in *Kritische Vierteljahrsschrift* B. XIX, 143.

WAPPAÜS, *Zur Lehre von dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen*.

KOHLER, *Die Ideale im Recht* (Archiv für bürgerl. Recht, V, 161-235).

HOFMANN, *Kritische Studien im Röm. Recht* (1885).

ENDEMANN, *Die civilrechtliche Wirkung der Verbotgesetze* (1887).

LEMBERG, *Vertragmäßige Beschränkungen der Gewerbe und Handelsfreiheit* (1888).

OPPENHEIM, *Verbotswidrige abgeschlossene Handelsgeschäfte* (1891).

LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag* (1896).

STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung* (1898).

HACHENBURG, *Die Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte* (1899).

JACOBI, *Recht, Sitte und Sittlichkeit* (Ihering's Jahrbüch. 41 S. 68-111) (1900).

OFNER, *Einseitig unsittliche Verträge* (Allg. öster. Jur. Ztg., 51, S. 426-427) (1900).

Nel diritto francese:

MIMEREL, *Des traités secrets en matière de transmissions d'office* (Rev. de législat., 1852, p. 40).

MAUGUIN, *Notions générales sur le sens et l'effet de l'art. 6 du C. N.* (Sirey IX, 2, 345).

THIROUX, *Des chercheurs des successions* (Revue pratique t. XXIII, p. 357).

AGLAVE, *Définition de l'ordre public en matière civile* (Rev. prat. t. XXV, p. 444 e seg.).

MORILLOT, *De la clause qui dénie à l'Etat le droit de réduire un leg. fait à un établissement public* (Rev. critique 1873, 169).

BIOCHE, *La condition de changer ou de ne pas changer de religion est licite?* (1868).

MAYJURON-LAGORSSE, *De la condition de ne pas se marier* (Rev. pratiq. t. XL, p. 91).

DEMANTE, *Des conditions impossibles ou illicites dans les testaments* (Rec. de l'Acad. de Toulouse 1859, t. 8, p. 154).

REINAUD, *Des conditions impossibles, illicites, ou immorales* (1879).

ALOT, *Des conditions et de charges imposs., contraires aux lois et aux bonnes moeurs* (1887).

CHOBERT, *Quelles conditions doivent être considérées comme contraires aux moeurs* (1887).

BARTIN, *Théorie des conditions imposs., illicites ou contraires aux moeurs* (1887).

LAPELLETIER, *Des conditions imposs., illicites ou contraires aux moeurs* (1889).

PANIEN, *Théor. gen. de condit. impossibles, illicites et immorales* (1899).

Nel diritto italiano:

DI MAIO, *Sistema del Cod. Civ. circa le condizioni imposs. e contrarie alla legge ed al buon costume*.

» *La validità dei contratti e l'interesse generale dell'industria e del commercio*.

COSTA, *Della causa illecita nei testamenti* (Riv. Scienze Giur. 1890, X, 3).

- DE SANCTIS, *Dottrina del contratto. Condictio sine causa et ob turp. vel iniust. causam* (Riv. Univ. 1891, 41).
- ALESSI, *Di talune disposizioni d'ultima volontà riproverate nel diritto Romano* (Dir. e Giur. V, 409).
- LOSANA, *Delle condizioni nei testamenti* (Roland. 1893, 257).
- BIANCHI Q., *Sulla dottrina della condizione nell'art. 849 CC.* (Filangieri 1893, 257).
- SCIALOJA V., *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti* (Bull. dir. rom. VIII, 36).
- MAZZA, *Le condizioni illecite nei testamenti.*
- RATTO, *Le condizioni e clausole immorali nel contratto di lavoro* (Legge 1897, 2, 606).
» *Sopra un caso di obbligazione nulla per causa illecita* (Legge 1899, I, 234).
- BOGGIO, *Un caso di nullità di obbligazione per causa illecita* (Legge 1897, I, 486).
- COVIELLO L., *Recensione dell'Unmoralische Vertrag di Lotmar* (Filang. 97, p. 351).
» *Della ripetibilità del pagamento per causa illecita* (Giur. ital. 1897, I, 569).
- LONGO FR., *Del contratto immorale e del mandato ad esso relativo* (Giur. ital. 901, I, 89).
- ZEULI, *La condizione del dovere uno spedale legatario rimanere sotto l'assoluta dipendenza del Vescovo è illecita* (Gazz. Proc. XV, 254).
- DIALTI, *Della clausola testamentaria di dimorare in un dato luogo* (Gazz. Proc. XVII, 87).
- PAOLI, *Della condizione di dimorare in un dato luogo* (Giorn. leggi 1882, 17).
- ZEULI, *Condizione di convivere con una persona* (Gazz. proc. XIII, 481).
- LUZZATTO, *Condizione e modo negli atti d'ultima volontà.*
- ROCCHI, *Della condizione di non impugnare il testamento* (Tem. Ven. 1884, 526).
- LOSANA, *Delle clausole di decadenza delle liberalità testamentarie* (Not. ital. 1894, 141).
» *Validità del divieto all'erede o legatario di non contrarre matrimonio con determinate persone* (Not. ital. 1887, 177).
- NOTA DI RED. *Condizione di non contrarre matrimonio con determinate persone* (Foro ital. 86, I, 1244).
- FAZZARI, *Della validità della condizione di contrarre matrimonio aggiunta ad una liberalità per testamento* (Foro Abruz. 1883, 30).
- MIRAGLIA, *Pel Cod. It. la condizione di sposare una persona determinata è nulla e vizia la largizione* (Dr. e Giur. IV, 25).
- MASUCCI, *Delle condizioni testamentarie limitative della libertà di scelta nel matrimonio.*
- PUGLIESE, *Della validità delle condizioni limitative di matrimonio* (Tem. Calabr. 1896, 258).
- LORDI, *La condizione di celibato e di vedovanza* (Arch. giur. 33, 396).
- POLIGNANI, *La conditio viduitatis ed il matrimonio ecclesiastico* (Filang. 76, 513).
- NEUCHA, *Condizione di vedovanza* (R. giur. Trani 1886, 724).
- MARUCCHI, *Della condizione di vedovanza apposta in un testamento* (Legge 89, I, 643, 680, 714).
- VALENTINI, *Sulla condizione di vedovanza apposta in un testam.* (Gior. dei notai 1887, 545).
- BOCCI E., *Condizione di vedovanza nelle disposiz. testam. di un coniuge verso l'altro.*
- RAMPONI, *La condizione di celibato e di vedovanza nei testamenti e nei contratti* (Firenze, 1893).
- LOSANA, *Una quistione sulla violata condizione di vedovanza* (Roland. 96, 305).
- SAREDO, *Del prossenetico matrimoniale nel dr. civ. it.* (Legge 1878, III, 5).
- MORANTI, *Del prossenetico matrimoniale* (Legge 1878 III, 159).
- LOMANACO, *Il prossenetico matrimoniale* (Filang. 1885, 611).
- COGNETTI DE MARTIIS, *Sul prossenetico matrimoniale* (Rass. giur. di Bari, I, 273).
- SECHI, *Il prossenetico matrimoniale nel diritto odierno* (Giur. ital. 95, IV, 102).
- SRAFFA, *Delle clausole di concorrenza*, Torino 1898.
- FOÀ, *Le clausole di concorrenza*, Milano 1899.

CAPITOLO I.

Concetto del negozio illecito

1. Uno degli aspetti della libertà umana è la libertà contrattuale. Libertà contrattuale, però, non significa arbitrio nei privati di creare o distruggere delle relazioni giuridiche, giacchè un rapporto di diritto in tanto esiste e può esistere, in quanto vi è un ordine giuridico che ne sanziona la efficacia ¹⁾. La validità dei negozi dipende esclusivamente dal riconoscimento del diritto positivo, il quale ha in questo senso una forza *creativa* dell'effetto giuridico.

Non già che la legge arbitrariamente od astrattamente determini le condizioni di questo riconoscimento, chè essa l'attinge anzi all'esperienza ed all'osservazione dei rapporti quotidianamente formati in commercio, e s'ispira ai bisogni duraturi della vita giuridica, ma questo riconoscimento è però la condizione esclusiva per aversi una conseguenza giuridicamente importante.

La volontà delle parti quindi passa in seconda linea. I contraenti non possono che desiderare un effetto giuridico, ma non hanno potere di produrlo direttamente. La legge soddisfa questo desiderio offrendo le condizioni per il suo raggiungimento ²⁾. I privati accettano, se vogliono, a questa offerta muta e permanente della legge, e conformano i loro atti in ossequio di essa: liberi perciò di en-

¹⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, § 32: « Soltanto nel mondo corporeo l'uomo può colla sua forza produrre effetti: l'ideale potere giuridico è a lui accessibile mercè l'aiuto del diritto positivo ».

²⁾ ENDEMANN, *Ueber d. civilr. Wirkung der Verbotgesetze*, Leipzig 1887. § 72: « Das Recht bietet unter bestimmten Bedingungen seine Mitwirkung an, und ausschliesslich durch deren Erfüllung kann der Private seiner Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäfts beilegen ».

trare o no in relazioni giuridiche, liberi di compiere un dato negozio piuttosto che un altro, liberi di scegliere gli interessi economici che vogliono porre ad oggetto di esso e di determinarne le modalità, ma nel compimento del negozio essi sono vincolati, e debbono obbedire alla legge, se intendono raggiungere un effetto che la legge riconosca, e che all'uopo sappia e voglia difendere contro gli attacchi illegittimi altrui.

Adunque perchè la volontà dei privati possa ottenere riconoscimento e protezione è necessario anzitutto che si conformi a quei precetti del diritto positivo che stabiliscono gli elementi concettuali dei negozi, ed i requisiti materiali e formali dal cui adempimento esso fa scaturire un effetto giuridico e per la cui integrazione sorge la figura del negozio civilmente riconosciuto. Mancando uno di questi requisiti coattivamente determinati, si ha il nulla di fronte alla legge; non si tratta già di esclusione di effetti giuridici, ma di non nascita di effetti giuridici.

Le leggi ordinarie appunto dettano il modo come raggiungere un risultato civile: la disobbedienza ad esse vale non raggiungimento dell'effetto desiderato.

2. Ma la volontà individuale, anche espressa in forma ordinata e legittimamente aspirante alla protezione giuridica, riceve nel suo svolgimento delle limitazioni.

Queste limitazioni sono imposte mercè dei *divieti*.

La legge, esercitando una funzione regolatrice dei rapporti individuali, provvede a che l'arbitrio dei cittadini nel suo svolgimento non si metta in urto coll'interesse della società, e perciò ne circoscrive il campo entro confini determinati, frenando la volontà dei contraenti in tutte quelle manifestazioni che essa reputi dannose alla sociale convivenza ed ai bisogni ed interessi del commercio. Si ha così una restrizione della libertà contrattuale, imposta dalla necessità di salvare l'interesse collettivo dalla preponderanza dell'autonomia privata.

La legge proibitiva ha quindi carattere di protezione, in quanto difende l'ordine sociale da tutte quelle disposizioni che potrebbero riuscire pericolose alla sicurezza giuridica. Ed in ciò si accorda quel che dice Thon ¹⁾, che, in un'antitesi tra comando e divieto, nota, che mentre il comando serve ad apportare un bene relativo, il divieto serve a proteggere un bene contro un'azione nociva.

¹⁾ *Rechtsnorm und subjektives Recht*, S. 197.

Quando la legge dice: non voglio che questo sia fatto, in questo energico comando negativo sta l'espressione dell'interesse della società.

Il privato deve obbedire.

Se non vuole, se compie un negozio in aperta contraddizione della legge, questo negozio sarà nullo. L'ordine giuridico lo repulsa dal suo seno. Infatti sarebbe inconcepibile un contratto che violasse la giustizia con efficacia giuridica, perocchè la negazione del diritto non può trovare protezione nel diritto stesso.

Il negozio illecito è l'abuso della libertà contrattuale: è la ribellione dell'attività privata contro la volontà immutabile ed imperativa della legge.

Si è concepito il divieto, come un requisito negativo dell'azione giuridica, in contrapposizione ai requisiti positivi imposti dalle leggi ordinarie. Ma come giustamente nota l'Endemann ¹⁾, una tale costruzione difficilmente potrebbe condurre ad un risultato pratico soddisfacente, poichè con questi requisiti negativi sostanziali non si aggiunge alcun momento essenziale al concetto dell'azione giuridica, ma viene piuttosto mescolato un elemento estraneo e di confusione (*ein fremdes verwirrendes Element*).

Invece la distinzione tra comando e divieto corrisponde alla diversa natura delle leggi ordinarie e proibitive, le une che affermano, l'altre che negano l'esistenza del negozio ²⁾. Inoltre le leggi proibitive hanno un carattere speciale, poichè il divieto non solo mira a spogliare di effetti civili il negozio vietato, ma va più oltre e tende ad impedire anche l'esterna azione, la materiale assunzione dell'atto proibito. Quindi di fronte al puramente passivo contenuto dei comandi, la legge proibitiva vuole sopprimere anche il giuridicamente inefficace esterno negozio, cosicchè la sua funzione è doppia: internamente influisce sul significato e valore giuridico dell'azione vietata, esternamente è diretta contro l'azione stessa ³⁾.

3. Un negozio in urto con un divieto civile è un negozio illecito ⁴⁾.

¹⁾ *Op. cit.*, S. 71.

²⁾ SAVIGNY, *System*, B. I, § 16.

³⁾ ENDEMANN, *op. cit.*, S. 82.

⁴⁾ Sull'uso della parola *illicitus* nelle fonti, vedi: L. 61 D. 23, 2 e L. 27 D. 33, 2 « *illicitum matrimonium* »; L. 112 § 3 D. 30 « *illicite datum* », L. 1 § 14 D. 1, 12 « *illicitum collegium* »; L. 18 D. 43, 16 « *mandatum illicitum* »; c. 8 Cod. IV, 26 « *illicita mutui datione* »; c. 1 Cod. VII, 26 « *illicita renditione* »; L. 11 § 3 D. 13, 7 e L. 20 D. 22, 1 « *usuræ illicitæ* »; c. 1 Cod. VII, 16 « *rem illicitam* » (vendita); c. 3 Cod. VII, 33 « *illicitæ adoptionis* »; Nov. 51 praef. « *illicitum inisurandum* », ecc. Vedi del resto BRISSONIUS, *De verb. signif. sub v. illicitus*.

Ogni divieto ha carattere *eccezionale*, in quanto deroga singolarmente al principio dell'efficacia di ogni dichiarazione di volontà, che sia ordinatamente manifestata e sostanzialmente perfetta. Donde segue: che tutto ciò che non è vietato, è lecito; che il divieto non può presumersi, ma deve essere espresso; che in materia di leggi proibitive non può adottarsi un'interpretazione analogica.

Accanto ai singoli divieti che trovansi sparsi nei codici, la legge ha posto anche una disposizione generica proibitiva (che non perciò perde il carattere della singolarità) con la quale ha una volta *tantum* e per tutti i casi proibito tutte le convenzioni che hanno un contenuto contrario ai buoni costumi ed all'ordine pubblico (1119, 1122 c. c.).

È questo un divieto comprensivo che esprime in forma generalizzante due delle tante cause che inducono ordinariamente la legge a proibire espressamente un negozio. Infatti, l'inviolato ordinamento giuridico e la moralità sono sempre salvate dal legislatore, che in ogni occasione bada a che l'arbitrio individuale non venga nella sua strapotenza a rovesciare l'uno o ad offendere l'altra.

L'interesse sociale — giuridicamente riconosciuto e protetto — segna il limite naturale della libertà dei cittadini, i quali come membri del corpo della società devono subordinare i loro privati interessi agli interessi generali di quella. Soltanto con una tale restrizione e modificazione delle singole sfere d'azioni, si rende possibile la loro coesistenza, e le attività degli individui invece di urtarsi ed impedirsi a vicenda, s'uniscono armonicamente fra loro.

Quindi ogni negozio che è compiuto in dispregio dell'interesse pubblico, sanzionato dalla legge, deve essere colpito dall'inefficacia civile.

Un trattamento identico è fatto al negozio con contenuto immorale ¹⁾.

Poichè anche qui è negata protezione a tutte quelle dichiarazioni private che, senza urtare contro un preciso divieto di legge, offendano il sentimento morale dei cittadini. Questa norma è ispirata ad un senso di profondo rispetto per la coscienza della società che non deve essere turbata e rivolta con la notizia di speculazioni turpi e di contrattazioni scandalose, e ad un sentimento di

¹⁾ PORTALIS: Le convenzioni contrarie ai buoni costumi sono proscritte presso tutte le legislazioni civili. I buoni costumi possono supplire alle buone leggi e sono il vero cemento dell'edificio sociale (LOCRÉ, *Législation civile*, I, 403).

dignità che la legge ha per sè medesima, poichè non vuole divenire stromento della immoralità altrui e far servire la forma contrattuale e la forza obbligatoria che vi è annessa, per costringere altri ad un'azione o prestazione iniqua.

Il tempio della giustizia non deve essere profanato da simili brutture.

Infine questa disposizione, facendo servire il diritto di mezzo al perfezionamento della vita umana, lo eleva quasi ad un'altezza ideale, se deve credersi che lo sviluppo ed il progresso del diritto consiste appunto nell'innalzamento della legge morale a legge giuridica ¹⁾.

4. Il principio della nullità dei negozi immorali e contrari all'ordine pubblico si presenta come una norma *sussidiaria* (Hilf-norm) ²⁾ ai divieti civili, in quanto interviene in tutte quelle lacune lasciate dalle regole giuridiche a maggior protezione dell'ordinamento dei rapporti privati. Infatti, la legge poteva prevedere col suo senno, ammaestrata dall'esperienza del passato, e prevenire certi abusi, certe azioni ingiuste, certi patti iniqui, condannandoli con un divieto, ma tutta la sua previdenza non sarebbe bastata a colpire le infinite varietà di negozi illeciti che l'interesse e l'egoismo delle parti avrebbe ognora sempre escogitato. Abbisognava perciò un *fattore mobile* che in analogia alla libera mobilità dell'intenzione delle parti prestasse una forza d'annullamento sempre pronta ed efficace ³⁾. Perciò la legge ha introdotto questo principio, che tutto quello che è contrario ai buoni costumi ed all'ordine pubblico è nullo. Così si hanno dei concetti lati, comprensivi, generici che si piegano ad innumerevoli applicazioni, e che mettono la legislazione alla pari dello sviluppo morale del popolo, sì che mano mano che questo progredisce e si eleva, quella senza sforzo lo seconda.

Però questi principii, che per la loro vaga indeterminatezza potrebbero anche riuscire di pericolo alla sicurezza dei rapporti sociali, abbisognano del correttivo di una sana interpretazione.

5. Alla norma che dichiara illeciti i negozi immorali, sono stati da vari pensatori mossi dei gravi e severi rimproveri, lamentando che essa costituisce un'arbitraria intrusione della morale nel diritto e che segna un regresso nella legislazione, od almeno un resto di quel confusionismo di principii morali e giuridici, la cui distinzione

¹⁾ UNGER, *Oesterr. Privatrecht*, I, § 68, n. 16.

²⁾ ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs*, § 103.

³⁾ ENDEMANN, *op. cit.*, *ibid.*

netta era stata salutata come una conquista della scienza moderna.

Ma riflettendo su queste accuse, si resta tosto persuasi della loro infondatezza.

Il presupposto logico da cui partono questi scrittori nel loro ragionamento è la rigida concezione della morale e del diritto, ch'essi rappresentansi come due cose distinte e staccate con un taglio reciso. Da qui le immagini scolastiche con cui taluno ha raffigurato il diritto e la morale come due regni o due provincie diverse, o si è sbizzarrito a descriverne geometricamente il campo come due cerchi concentrici di diametro diseguale, o due cerchi intersecantisi a vicenda con settore comune. Questi concetti, ci sia permesso dire, sono troppo assoluti, questi tagli sono troppo recisi per essere accolti dalla scienza. Volgiamoci ad uno studio più positivo.

Nessuno potrà mettere in dubbio che morale, diritto e culto religioso nei tempi antichi appaiono mescolati e confusi, e che la separazione di questi concetti avviene gradatamente ed è in rapporto collo sviluppo e collo incivilimento delle popolazioni ¹⁾. Tanto più sono rozzi i popoli, con cui si ha da fare, tanto più questa confusione appare profonda e l'intricamento è più fitto.

Un esempio classico di questa mescolanza è, secondo il Wundt ²⁾, il decalogo Mosaico, in cui accanto a precetti religiosi e morali son raggruppati ed uniti precetti giuridici. Ciò prova che un certo rapporto di analogia e di simiglianza deve esserci in fondo fra questi concetti, tanto che per secoli e secoli non si riesce a farne la separazione. Ma può andarsi più oltre. Io dico che morale e diritto sono sostanzialmente la stessa cosa, e che l'uno si è venuto evolvendo dall'altra acquistando carattere distinto.

Infatti morale e diritto non sono che concetti astratti, in realtà non esistono che regole morali e giuridiche, variabili secondo i popoli e soggette a perpetua evoluzione. Queste regole hanno per oggetto la condotta umana e vogliono indirizzare e guidare le azioni individuali in certi modi e secondo una certa misura, affinchè siano raggiunti i fini della sociale convivenza ³⁾. Cioè, sono delle norme nell'interesse della generalità riconosciute per esperienza utili a re-

¹⁾ IHERING, *Der Zweck im Recht*, II; STAHL, *Rechtsphilosophie*, II, B. 2, c. I; KIRCHMANN, *Grundbegriffe des Rechts und der Moral*; BIERLING, *Kritik der Grundbegriffe*, I, S. 169.

²⁾ WUNDT, *Ethik*, S. 99.

³⁾ SPENCER, *Morale évolutioniste*.

golare i rapporti e la condotta dei singoli membri fra di loro o dei membri di un gruppo con quelli di un altro gruppo.

Queste norme erano semplici e poche nei secoli primitivi, così l'obbligo della difesa dalle tribù nemiche, l'attendere ad un dato lavoro (pastorizia, agricoltura) per il servizio di tutti, ecc. Ma collo sviluppo crescente della civiltà, quando l'individuo passò dal nomadismo libero e selvaggio allo stato di cooperazione forzata, per cui era asservito sotto un ferreo potere militare o patriarcale, e quindi allo stato di cooperazione volontaria, col moltiplicarsi dei rapporti, crebbero altresì e divennero sempre più numerose le norme reputate utili a regolare questi rapporti, secondo il fine che aveva l'uomo, della conservazione dell'esistenza, della vita della specie e del miglioramento proprio e perfezionamento altrui. Di queste norme, che scaturivano come il naturale prodotto dell'esperienza nel regolamento delle relazioni della vita comune, talune furono riconosciute *necessarie* alla vita della società ¹⁾, e *sanzionate dal potere sociale costituito*, si dissero leggi, regole giuridiche; altre norme rimasero libere di coazione, pur socialmente utili e si dissero morali. È un effetto d'allucinazione logica il ritenere un'azione morale od immorale, soltanto per sè stessa, o per l'impressione che produce nella nostra coscienza, ed indipendentemente dalla società: è lo stesso che dire una cosa utile od inutile, astraendo dal bisogno dell'uomo cui serve.

Ora la moralità come l'utilità è un concetto di relazione, anzi la morale non è altro che l'utilità sociale.

Perciò morale e diritto non sono che gradi di evoluzione: il diritto è quella parte di morale che come più importante e più esteriormente riferentesi ai rapporti sociali, si è venuta evolvendo ed acquistando carattere obbligatorio. Non si tratta già di diversità intrinseca, anzi vi è identità sostanziale, ma queste regole, secondo il grado d'importanza rispetto all'ordinamento della società, sono o no riconosciute ufficialmente dalla legge e divengono coattive. Anzi la tendenza generale, secondo il graduale sviluppo dei costumi, è di rendere sempre più largo il campo del diritto e farvi ammettere delle norme che prima erano lasciate alla coscienza degli interessati. Basta ricordare la storia dei fedecommissi, ed il principio della quota di riserva dei legittimari, e del diritto agli alimenti fra consanguinei.

Onde può conchiudersi, che se differenza c'è fra diritto e mo-

¹⁾ Così il rispetto dell'integrità individuale, della proprietà, la fede dei patti, ecc.

rale, questa risiede non nella natura, ma nella forma dei *mezzi* che essi adoperano per la loro esecuzione: il diritto agendo energicamente mercè la coazione legale, la morale agendo più debolmente, mercè consigli, od attrattive di lodi o minacce di biasimo, e mercè il rimorso, che è la riprovazione sociale riflessa oscuramente nella coscienza dell'individuo ¹⁾).

6. Così si è venuto delineando il campo abbracciato dal negozio illecito.

L'illecito risulta dalla violazione della legge o della morale o dell'ordine pubblico ed abbraccia quindi un triplice obbietto: il negozio *illegale*, il negozio *immorale*, il negozio *antigiuridico* ²⁾.

Prima però di venire alla determinazione precisa di questi concetti, bisogna fare un'osservazione.

L'illecito costituisce sempre un'effettiva violazione delle leggi o della morale, e produce sempre un *danno reale* che l'ordine giuridico toglie e neutralizza sanzionando la nullità del negozio vietato. Ciò mostra, come deve nettamente separarsi l'illecito dall'impossibile, e come sia una strana confusione quella che da non pochi scrittori si è fatta, di questi due concetti.

Primo fra tutti il Donello ³⁾, parlando delle diverse specie di condizioni, le distingue in tre categorie: condizioni fisicamente impossibili, condizioni moralmente impossibili, condizioni giuridicamente impossibili, ossia una triplice specie d'impossibilità, naturale, morale o giuridica, secondo Pazione condizionata urta contro le leggi della natura o i principii dell'etica o le norme del diritto positivo.

La stessa tripartizione è adottata dal Sell ⁴⁾, dal Mühlenbruch ⁵⁾, dal Dalloz ⁶⁾, ecc.

Altri poi fonde le condizioni impossibili giuridicamente in quelle moralmente impossibili, o viceversa, come il Glück ⁷⁾, il Thibaut ⁸⁾,

¹⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, I, § 10; « Diritto e morale hanno il fine ultimo comune, ma essi raggiungono questo compito con diversi mezzi e per diverse vie ».

²⁾ Anche il POLLOCK, per il diritto inglese adotta questa tripartizione. Cfr. *Principles of Contract*, p. 232 e seg. I contratti *unlawful agreements* comprendono il contratto *illegal, immoral* (contrary to positive morality recognized as such by law) ed *against public policy*.

³⁾ *Comm. iur. civ.*, lib. VIII, c. 32, § 5.

⁴⁾ *Die Lehre von den unmögl. Bedingungen*, § 2.

⁵⁾ In GLÜCK, *Erläut. der Pandek.*, XLI, § 123.

⁶⁾ *Répert.* « Obligation » n. 1121.

⁷⁾ *Comm. alle Pandette*, L. II, tit. XIV, § 337 a.

⁸⁾ *System*, § 123.

il Mackeldey ¹⁾, ecc., ma tutti cadono nello stesso errore di non osservare la differente natura dell'impossibilità in confronto dell'illeicità, per quanto per avventura gli effetti di questi due caratteri dei negozi possano in parte essere identici.

Contro l'esattezza di questa parificazione si è mosso il Savigny ²⁾, e dopo l'Arndts ³⁾ rilevando come le pretese condizioni moralmente impossibili non sono affatto tali, dal momento che possono avverarsi, e che quindi si tratta di una assimilazione artificiale ⁴⁾. Io mi propongo appunto d'insistere su questo concetto, agguaggiando qualche osservazione.

Impossibile è ciò che non può verificarsi mai per una causa che ne esclude assolutamente l'esistenza. All'avveramento dell'azione è posto un impedimento, un ostacolo che si può sormontare: il fatto resterà sempre inattuato, perchè la sua attuazione è incompatibile con una legge fissa che deve regolarlo invariabilmente. Quando il fatto è contrario ad una legge della natura, si ha l'impossibilità fisica. Così il pretendere che un corpo sia sottratto alla legge di gravità, o che il moto duri in perpetuo, o che una reazione chimica non si compia fra due sostanze messe a contatto e reagibili fra di loro.

Questo concetto dell'impossibilità naturale si trova espresso in modo preciso nelle fonti.

Paulus, *S. R.*, lib. III, tit. IV, B § 1: « *impossibilis, quae per rerum naturam admitti non potest* ». § 11 Inst. *de inut. nupt.* 3, 29: « *impossibilis,.... cui natura impedimento est* ».

Ora, se noi applichiamo questo concetto alle azioni illecite od immorali, vediamo come questa supposta impossibilità non esista affatto. Poichè, se è desiderabile che tali azioni non si verificino è un fatto però che esse pur troppo si avverano, e colla loro realtà smentiscono la leggenda di essere impossibili. Se ogni giorno avvengono delle violazioni di norme giuridiche, se ogni giorno si compiono delle azioni turpi e delittuose, se la legge anzi cerca difendere l'ordinamento sociale dalle conseguenze dannose delle medesime, infliggendo delle pene ai violatori e gravando delle sanzioni

¹⁾ *Lehrbuch*, § 179.

²⁾ *System*, III, § 122. Versione dello SCIALOJA, p. 226 e seg.

³⁾ *Beiträge*, L. I, 161, 183.

⁴⁾ Vedi oggi nello stesso senso ARNDTS-SERAFINI, L. I, § 72, n. 5 e 7; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, § 94, n. 9; SINTENIS, *Pract. civ.*, I, p. 172; BRINZ, *Lehrbuch*, S. 1464; PUCHTA, *Vorlesungen*, § 220; VANGEROW, *Pandekten*, I, § 93, n. 3.

civili, come mai può pretendersi sul serio che le azioni illecite siano impossibili? ¹⁾.

Ciò non può essere che l'effetto di un'illusione o di un preconcetto.

Il Sell ²⁾ difende la teoria combattuta con l'autorità delle fonti e con ragioni di indole giuridica. Egli cita anzitutto a giustificazione Paul., *S. R.*, loc. cit., L. 14 D. *de cond. inst.* 28, 7 e la const. un. Cod. VI, 44, dove si parla contemporaneamente o successivamente delle condizioni impossibili ed illecite, per indurne un rapporto d'analogia ed un accordo fra le medesime. A me pare che questo argomento non abbia gran peso, se si consideri che nei testi citati si fa soltanto un materiale avvicinamento fra queste condizioni, per notare l'identità di effetti delle medesime, di rendere cioè nulli i negozi tra vivi, e considerarsi come non apposte in quelli *mortis causa* ³⁾.

Venendo poi ad un altro ordine di considerazioni, il Sell dice: « Ciò che urta contro una legge giuridica sussistente nello Stato, è impossibile, come ciò che va contro le leggi naturali. Poichè lo Stato, come un istituto di realizzazione della legge giuridica, *non può considerare come possibile* il torto, che è la sua diretta antitesi, senza annullare sè stesso ».

Questa proposizione non è esatta, perchè la possibilità od impossibilità non è l'effetto di un giudizio, ma è una conseguenza obiettiva che sussiste indipendentemente da qualunque considerazione. Lo Stato non ha che considerare, non può a suo beneplacito credere possibile o non possibile una cosa, quando questa si avvera realmente, necessariamente, anzi per ragioni sociologiche, e fuori delle speculazioni dei filosofi e dei giuristi.

Del resto il citato autore si accorge egli medesimo della debolezza del suo argomento, quando in altro luogo, paragonando la impossibilità fisica con la pretesa impossibilità morale e legale, dice

¹⁾ Cfr. UNGER, *Oesterr. Privatr.*, II, § 82, S. 83. « Vi sono azioni in sè contrarie al dritto ed alla morale, le quali certamente *possono* avvenire, ma non *debbono* avvenire: tali azioni non sono impossibili, ma illecite (*unerlaubt, unsittlich*).

²⁾ *Op. cit.*, § 3, 4.

³⁾ La stessa osservazione vale per il dritto nostro. Negli art. 849, 1065, 1160 la nostra legge mette nella stessa linea le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi ed ai buoni costumi. Ciò è fatto al fine di raccogliere nello stesso gruppo le condizioni che annullano i contratti, e che viziose sè stesse nelle disposizioni *mortis causa*. Del resto questa collocazione pel dritto moderno si spiega anche per la tradizione storica.

che mentre la prima è veramente ed essenzialmente ineffettuabile, anzi non si lascia neanche concettualmente pensare come reale, nel caso invece di azioni proibite o turpi, queste possono tuttavia entrare nel campo della realtà, e dar luogo ad un'impossibilità morale e giuridica esistente *de facto*.

Se non si vuol trovare una contraddizione in questo giudizio, non si può fare a meno dal riconoscere la sottigliezza della distinzione, che mostra ancor più come la voluta purificazione fra l'illecito e l'impossibile poggia su una finzione, mentre in realtà i due concetti cozzano fra di loro e stanno logicamente in antitesi.

l'illecito è un possibile vietato o riprovato, non un impossibile.

Questa diversità di caratteri si ripercuote anche nella diversità di effetti, che si riscontrano nelle condizioni impossibili ed illecite. Poichè, mentre nel caso di due condizioni alternativamente poste, una possibile ed una impossibile, si ha sempre un negozio valido condizionato, nel caso di due condizioni alternative, una lecita ed una illecita, può aversi un negozio nullo ¹⁾, mentre la condizione di non fare una cosa illecita può contenere un'immoralità e viziare il contratto, la condizione di non fare una cosa impossibile si risolve in una condizione necessaria e rende il negozio puro (1161); mentre la condizione impossibile sospensiva esclude *ab initio* l'esistenza del contratto e della disposizione, la condizione illecita può lasciare tuttavia il negozio valido, quando all'adempimento di esso si lega una pena o svantaggio per l'adempiente ²⁾; mentre la condizione impossibile aggiunta risolutivamente lascia semplice il negozio, la condizione illecita risolutivamente apposta può viziare la convenzione e renderla inefficace.

Così siamo autorizzati a concludere che la pretesa impossibilità morale non esiste, e neanche la impossibilità giuridica nel senso voluto attribuirle di violazione delle leggi dello Stato.

7. Accanto all'impossibile fisico esiste però l'impossibile giuridico, ma in un senso affatto diverso e con diverso campo d'applicazione. Vediamo in che esso consiste e come si differenzi dall'illecito.

Impossibile giuridico è ciò che per l'ordinamento del diritto positivo non può mai verificarsi, ed è incompatibile e contraddittorio coll'esistenza del diritto. Come l'impossibile fisico è *quod natura fieri non concedit*, così l'impossibile giuridico è *quod iure im-*

1) Vedi in seguito n. 37.

2) Vedi n. 35.

pleri non potest. Nell'un caso, la causa che rende l'avveramento non verificabile è una legge naturale, nell'altro una legge giuridica. Ma si noti, che coll'azione giuridicamente impossibile questa legge non è però violata o trasgredita, ma si tenta vanamente sottrarvisi.

Quindi l'impossibile giuridico si risolve non in una *violazione*, ma in un'azione inutile, vuota, effimera ¹⁾. Mentre i contraenti di fronte ad un divieto spezzano i limiti imposti alla volontà umana ed effettivamente raggiungono quel risultato proibito, che la legge però annulla e distrugge *in poenam* come sanzione del divieto, nell'impossibile giuridico invece il risultato non può raggiungersi mai, è inarrivabile, e gli sforzi dei contraenti sono come dei colpi a vuoto che non hanno effetto. Indarno essi cercano cogliere quell'obbiettivo perchè quell'obbiettivo è una chimera, è un'ombra che loro sfugge, un *quid* fittizio che si dilegua. Quando essi credono di averlo raggiunto ed hanno cercato di fermarlo con un vincolo esterno contrattuale, essi sono al punto di prima e restano delusi, come se avessero cercato di costringere in un pugno l'aria o la luce.

Se Tizio vuole costituire un'ipoteca occulta, od alienare un bene del demanio pubblico, o far sì che un pazzo possa validamente testare, egli si propone certamente una cosa impossibile, cioè un *quid iuris* ch'egli non potrà ottenere mai, per quanto faccia, e di cui, dato il presente ordinamento, riesce financo inconcepibile la esistenza.

L'impossibile giuridico è perciò ogni risultato che secondo le leggi positive non si può assolutamente conseguire coi mezzi giuridici, *anche violandoli, ed indipendentemente dalla loro violazione.*

Questo concetto sorge anche dalle fonti:

fr. 137, § 6 *de V. O.*, 45, 1 (Venuleius, L. 1 *Stipulat.*).

« Cum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint, *ubi omnino conditio iure impleri non potest*, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, *proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset* ».

§ 1, 2, *Inst. de inut. stip.* 3, 20: « At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest dari stipulatus fuerit: veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocen-

¹⁾ Cfr. L. 83, § 5 *D. de V. O.*, 45, 1: « Sacram vel religiosam rem, uti usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor ». Cfr. pure L. 103 *h. t.* e 182 *de R. I.*

taurum, qui esse non potest, *inutilis erit stipulatio. Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam....* » ¹⁾.

L'impossibile giuridico non è la trasgressione della legge, che costituisce l'illecito, ma ciò che secondo la legge non può esistere, perchè contrario ai presupposti logico-giuridici della legge medesima.

Il Giorgi ²⁾ ha cercato di rintracciare con sicurezza la nozione dell'impossibile giuridico nella contraddizione della volontà umana con una legge dichiarativa.

Le leggi, egli dice, si distinguono, oltre che in precettive e proibitive, anche in dichiarative. Le prime si dirigono alla volontà dell'uomo e sono per lui altrettanti comandi autorevoli; la violazione di essi dà luogo all'illecito. Le dichiarative invece determinano soltanto la natura, i caratteri e gli effetti dei negozi. Donde nasce, che le leggi di quest'ultima specie hanno sempre una sanzione fatale, che l'uomo non riesce a disprezzare: si può conoscere e studiare le leggi dichiarative, ma non violarle, nè modificarle; se lo tenta, fa opera vana. La contrarietà di una dichiarazione privata con una legge dichiarativa dà luogo all'impossibile giuridico.

Questa costruzione, se fino ad un certo punto riesce a dare il concetto fondamentale del giuridicamente impossibile, non è però soddisfacente. Anzitutto, perchè non ogni contraddizione ad una legge dichiarativa dà luogo ad un risultato giuridicamente impossibile, potendo trattarsi di norme dettate nell'interesse privato, cui è lecito alle parti derogare. Secondo, perchè il concetto dell'impossibile è adombrato soltanto, ma non precisato con esattezza.

Io credo che l'impossibile giuridico risulti:

a) o quando si voglia creare uno stato giuridico, senza le condizioni necessarie, sia in ordine alla *natura dell'oggetto* che si vuole dedurre in contratto (impossibilità giuridica obbiettiva), sia in ordine alla *capacità del subbietto*, o per sè stesso o in rapporto dell'oggetto dell'obbligazione (impossibilità giuridica subbiettiva). Nell'un caso la ragione dell'impossibilità è la mancante giuridica potenza dell'obbietto, nell'altro la mancante giuridica potenza dell'individuo ³⁾;

b) o quando si voglia creare uno stato giuridico in contraddi-

¹⁾ Cfr. L. 35 D. de V. O., 45, 1; L. 1, § 9 D. de O. et A., 44, 7.

²⁾ *Teoria delle Obligazioni*, vol. III, § 311.

³⁾ Vedi UDE, *Ueber d. Bedeutung d. Satzes « Impossibilium nulla obligatio »* (*Archiv für die civil. Praxis*, B. 48, S. 246); MOMMSEN, *Beitr. zu Obligationenrecht*, I.

zione con l'essenza e la sostanza di un rapporto di diritto inalterabilmente fissato ¹⁾.

a) Perchè un effetto legale si compia, la legge ha stabilito in modo assoluto certe condizioni, che devono preliminarmente essere integrate, per raggiungere l'effetto stesso. Così l'oggetto del negozio deve essere in commercio.

Quindi, l'alienazione od occupazione di un bene pubblico, l'abdicazione di un diritto di sovranità, la rinunzia ad un diritto personale, sono giuridicamente impossibili, perchè l'occupazione ed alienazione suppongono un appropriamento ed un trapasso di proprietà mentre un bene demaniale è insuscettivo di privato dominio; ed egualmente la rinunzia o l'abdicazione suppongono lo staccamento di un diritto dal patrimonio dell'autore, mentre la personalità o la sovranità non sono diritti patrimoniali alienabili, ma congiunti indissolubilmente colla natura dell'uomo e dello Stato.

Il negozio può essere impossibile, anche che non abbia un oggetto *extra commercium*, quando il subbietto sia incapace in relazione all'oggetto (incapacità di trasmettere, incapacità di acquistare).

Così è giuridicamente impossibile un trasferimento valido di proprietà di una cosa che non ci appartenga od un acquisto di dominio di una cosa già nostra ²⁾ (16 D. 18, 1).

Come anche è impossibile la stipulazione di un bene di cui manchi allo stipulante la capacità d'acquisto. « Si stipulor rem, cuius commercium non habeo, *inutilem esse stipulationem* » (34, D. 45, 1).

Finalmente la impossibilità del negozio può risultare per l'incapacità del subbietto, per sè stessa, indipendentemente da qualunque esterno riferimento.

La creazione di un ente religioso abolito è inutile, perchè la fondazione suppone un ente che può acquistare vita giuridica, mentre un istituto soppresso non può vivere mai, è incapace di nascere. La persona contraente o disponente deve essere capace di porre in essere il rapporto che vuole creare. Quindi il testamento di un bambino o di un pazzo, l'adozione di un figlio adulterino, l'eman-

¹⁾ SELL, *Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen*, § 24, S. 120.

²⁾ Cfr. c. 4 Cod. IV, 38: « ex donatione et traditione dominium factum *te frustra emisse*, cum rei propriae emptio non possit consistere », donde il principio: « Res mea amplius mea fieri nequit ». Un altro esempio sarebbe quello di una servitù del fondo costituita su sè stesso, donde la regola: « Nemini res sua servit ».

eipazione di un ragazzo dodicenne sono altrettanto impossibili giuridici, perchè rivelano un difetto di capacità nell'individuo.

b) L'impossibile giuridico può risultare ancora dalla contraddizione di un negozio con l'essenza e natura di una relazione giuridica ¹⁾.

Certi istituti hanno per legge una fisionomia propria, un carattere speciale immutabile, e producono certe conseguenze giuridiche che devono seguire invariabilmente in un modo, e non possono seguire diversamente.

Ora il volere andare a ritroso della legge, cercando raggiungere effetti contrari alla natura del negozio, che ne alterano ed immutano la sostanza, è un risultato impossibile secondo diritto.

Così il gius d'ipoteca è un diritto *essenzialmente* reale, speciale pubblico. Questi caratteri sono inerenti e sostanziali al diritto stesso e non possono per convenzione esser mutati. Perciò l'ipoteca su un diritto d'obbligazione, o costituita indistintamente e non specificatamente sui beni del debitore, o non iscritta, è un'ipoteca nulla. Ma meglio si direbbe giuridicamente impossibile, perchè non può crearsi un diritto preteso ipotecario, che manca o contraddice ai caratteri essenziali dell'ipoteca. Un diritto di pegno suppone il materiale trapasso di un mobile dal debitore al creditore per sicurezza del credito. Ora il volere costituire un pegno su una cosa, senza effettuarne la tradizione, è giuridicamente impossibile.

Il mandato è un contratto essenzialmente revocabile, perchè uno non può impegnare la propria fiducia in perpetuo. Ora una rinunzia al diritto di revoca è inconcepibile e vana. Lo stesso si dica per il testamento.

Viceversa la donazione ha un carattere permanente e duraturo, ed indarno si foggerebbe una donazione revocabile *ad nutum*.

Così pure il diritto d'uso e d'abitazione è un diritto per sua natura personale, e quindi non può trasferirsi e cedersi ad altri (528) ²⁾.

Io credo che appartengono anche alla categoria dei negozi giu-

¹⁾ Cfr. cap. 7, X, *de condit.* (4, 5) (Gregorius IX, anno 1235): « Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur matrimonialis contractus caret effectu ».

²⁾ Un altro esempio di negozio impossibile di questa specie è ricordato dalla L. 12 pr. D. 43, 26. Il precario ha per caratteristica che la cosa data a precario deve essere restituita a qualunque richiesta del concedente. Ora, se in tale contratto fu convenuto che il precarista possedga fino alle calende di luglio, Celso risponde: « Nulla vis est huius conventionis ». Così sarebbe anche inconcepibile la inalienabilità in cui si volesse ridurre una cosa per via di contratto o la costituzione di una servitù personale fuori di quelle stabilite dalla legge.

ridicamente impossibili, perchè contrari all'essenza dell'atto, quelli cui è aggiunta la *conditio* « *si voluerit* » o che non soffrono condizione o termine.

Infatti è dell'essenza dell'obbligazione che vi sia un vincolo giuridico necessario.

Ora il rimettere l'esecuzione di un obbligo al mero arbitrio dell'obbligato esclude fin da principio l'obbligazione, poichè si rende inconcepibile un'obbligazione non obbligatoria ¹⁾.

Quanto poi agli atti che non sopportano condizione o termine, bisogna osservare, che essi possono esprimersi soltanto in una forma pura, perchè presumono nell'individuo una volontà matura e perfetta prima di manifestarsi, giacchè sarebbe impossibile ideare e creare dei mezzi-stati che inevitabilmente deriverebbero, volendo subordinare la nascita del negozio ad un dato fatto o limitarne la durata ad un dato tempo ²⁾. L. 77 D. *de reg. iur.*: « Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, accepti latio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem ». L. 8 D. 16, 11: « Tutor debet pure auctor fieri, nam auctoritas non conditionaliter sed pure interponenda est ».

Analoghe applicazioni si possono fare nel diritto moderno in ordine al matrimonio ³⁾, al riconoscimento dei figli, all'adozione, al-

¹⁾ L. 46, § 2, 3 *de V. O.*, 45, 1: « Si ita stipulatus fuero, QUUM VOLUERIS, quidam inutilem esse stipulationem aiunt. Illam autem stipulationem SI VOLUERIS dare, inutilem esse constat (PAUL., l. 12 *ad Sab.*) l. 108, § 1 D. h. t. *Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis, statum capit* » (Javolenus l. 28, *Epist.*). Cfr pure l. 8 D. 44, 7.

²⁾ Cfr. HÖPFNER, *Comment. über die Heineccischen Inst. Anh. III « de actibus legitimis »*; PUCHTA, *Pandekten*, § 497; RAVIT (*Archiv für civil. Prax.*, B. 39, S. 345).

³⁾ Art. 95 « La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie non può esser sottoposta a termine nè a condizione ».

Se in tali casi il matrimonio sia nullo è questione controversa. V. MANENTI, *Della inapplicabilità delle condizioni ai negozi giuridici*. POLACCO, *Del matrimonio contratto sotto condizione*. CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 64. RUFFINI (*Filangieri*, 1894, p. 568 e seg.). Io ritengo però la nullità del matrimonio, nonostante la norma dell'art. 124, e per dimostrarlo non so fare di meglio che citare alcuni brani della stessa opinione, sostenuta validamente dal FADDA (Traduzione W., Disp. 38, p. 1022). « Chi ha consentito sotto condizione non ha consentito se non per quel determinato caso. Al di fuori di questo caso non vi è nè volontà nè dichiarazione. Anche che la legge taccia, la nullità è indiscutibile, mancando l'elemento fondamentale, la volontà.



l'emancipazione, all'accettazione o rinunzia ereditaria¹⁾, ecc. Ora in tutti questi casi, la condizione o il termine si rende incompatibile con la natura del negozio, cui accede, perchè l'atto per sè stesso è essenzialmente puro ed insofferente di una determinazione accessoria, quindi col renderlo condizionato o limitato nel tempo se ne rovescia la sostanza, si snatura, tentandosi di ottenere un ibrido risultato nuovo, la cui effettuazione non è possibile nel campo del diritto.

8. Precisata così la distinzione tra l'impossibile giuridico e l'illecito, bisogna ora venire alla determinazione analitica di quest'ultimo concetto, che abbiamo avanti soltanto abbozzato. A tal fine noi prenderemo le mosse dal nostro codice.

L'art. 1122 dice: La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume, all'ordine pubblico.

Ora noi ci proponiamo:

1.º Anzitutto, di esaminare ed approfondire questi tre concetti, da cui risulta l'illecito;

2.º Poi, di determinare organicamente i modi come il negozio può essere illecito, ed in che può cadere l'illiceità.

I. — FONTI DELL'ILLECITO.

A. *Contraddizione alla legge.* — Le disposizioni legislative non sono tutte di eguale natura, ma assumono carattere differente, secondo è in gioco l'interesse generale o l'interesse dei singoli individui. Certe volte la legge ha carattere *imperativo*: essa vuole, e la sua volontà s'impone alle volontà singole dei consociati, come l'espressione della necessità sociale. Sia, che essa detta le condizioni dalle quali fa scaturire un effetto giuridico, come quando indica i requisiti integranti dei negozi, sia che ordina delle forme tutelari per il rivestimento di un contratto o l'esercizio di un diritto, sia ch'essa esige un sacrificio della libertà individuale a vantaggio di altri o nell'interesse comune.

Altre volte la legge invece *nega*, proibisce certi contratti o dis-

La dichiarazione condizionata *contra legem* non può adunque avere valore giuridico di sorta. Non come condizionale, perchè la legge non vuole, non come pura, perchè manca la volontà. Nel matrimonio condizionato manca un elemento essenziale. La multa di cui all'art. 124 può benissimo coesistere colla nullità. La multa è sanzione, ma non la *sola* sanzione . . . ».

¹⁾ Art. 929. « L'eredità può essere accettata *puramente e semplicemente* . . . ».

posizioni che essa reputi lesivi dei diritti altrui o dannosi al commercio, e quindi fonte di perturbamento nella sociale convivenza.

Talora infine la legge ha natura più modesta. Senza presentare più quel carattere di coazione, di assolutismo e di necessità, come nelle cennate leggi imperative e proibitive, essa ha carattere *suppletorio*. Ciò avviene quando la legge si surroga alla volontà dei privati e supplendo al loro silenzio determina certi effetti particolari dei negozi e certe modalità: liberi però i contraenti di derogarvi. Così l'obbligo di garanzia nella compra e vendita.

Queste leggi dispositive non fanno che presentare dei tipi di negozio, ordinatamente regolati e foggianti con una certa fissità e che le parti possono concludere succintamente, riferendosi tacitamente alle modalità e conseguenze stabilite dalla legge per gli stessi; onde è stata felicemente paragonata la conclusione di questi negozi, in relazione a delle leggi dispositive, alla conclusione di un negozio sul fondamento di statuti e di regolamenti (contratti di assicurazione, di trasporto con società ferroviarie, di lotterie). Avviene là in grande ciò che qui avviene in piccolo. Le parti, contraendo un dato negozio, vogliono conformarlo nelle sue modalità e nei suoi effetti, secondo è già preventivamente stabilito dallo statuto che è a conoscenza del pubblico. In tali casi la legge completa la volontà degli individui nelle sue normali e presuntive direzioni.

Questa diversa natura delle leggi ci porta a ricordare una distinzione fondamentale, di cui aveva già gettato le basi Modestino per il diritto romano (L. 7 D. 1, 3), voglio dire la classificazione delle leggi in *precettive*, *proibitive*, *permissive*. Una distinzione più scientifica ci dà il Savigny ¹⁾, distinguendo il diritto in *coattivo* (*zwingendes*) e *suppletorio* (*ergänzendes*) secondo la volontà individuale è costretta a piegarsi assolutamente ai precetti o ai divieti legali, o ad essa si dà libero campo, intervenendo la legge soltanto nel silenzio delle parti a determinare i rispettivi rapporti giuridici.

¹⁾ *System des röm. Rechts*, I, § 16. Altri scrittori, fra i quali il REGELSBERGER (*Pandekten*, § 32), adottano una tripartizione: *ermächtigendes*, *ergänzendes*, *zwingendes Recht*. Il dritto permissivo, distinto dal suppletorio, sarebbe quel complesso di norme con cui si riconosce validità ai negozi sotto l'osservanza di certe condizioni. Così le regole generali: *uti legassit, ita jus esto*; *pacta conventa servabo*, etc. Osserva di contro il SAVIGNY che non è esatto dire che la legge permette, essa supplisce sempre una volontà incompleta: questa permissione non potrebbe riferirsi che ad una proibizione anteriore, ch'essa toglierebbe o restringerebbe in parte.

Premesse queste nozioni, bisogna ora esaminare con quali leggi è possibile un negozio illecito.

Evidentemente deve scartarsi *a priori* l'ipotesi che possa aversi illiceità con una legge suppletoria o permissiva: « non potest videri *adversus eam committere*, qui id quod lex dat, non accipit eove non utitur » ¹⁾.

Escluso dunque l'*Pius dispositivum*, non ci resta che l'*Pius cogens*. Vediamo se la violazione di questo produca in tutti i casi un negozio illecito.

Le fonti ci ammaestrano al riguardo: « *Contra legem facit*, qui id facit quod lex *prohibet* (26 D. *de legib.*) Paul. ad Leg. Cinciam. » Item quod leges fieri *prohibent*.... cessat obligatio (L. 35, § 1 Dig. *de V. O.*, 45, 1), Paul. ad Sab. ».

Risulta, che il *contra legem agere* presuppone un divieto e quindi una legge proibitiva.

Allora soltanto può dirsi che uno agisce contro la legge, quando compie realmente un negozio, ma violando i limiti naturali e legittimi posti alla volontà umana.

S'intende del resto che per giudicare dell'estensione di questi limiti si avrà riguardo non solo al senso letterale della legge, ma anche e piuttosto a quello logico, potendosi avere un negozio illecito, non esplicitamente proibito, ma che concettualmente si è voluto compreso nella proibizione. « Non dubium est *in legem committere*, eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem » (L. 5 Cod. *de legib.*).

Ma non altrettanto può dirsi delle leggi ordinarie, la disobbedienza delle quali non può riuscire mai ad un negozio illecito, ma semplicemente ad un aborto di negozio, ad un negozio informe, non venuto a completamento e perfezione.

Ciò è agevole a comprendere, quando si riguarda lo scopo dei precetti legali e dei mezzi di coazione per vederli adempiuti. La legge non costringe materialmente l'individuo ad un'azione, ma subordina la sua protezione all'adempimento di certe condizioni prescritte, di certi requisiti materiali e formali che debbono integrare il negozio, perchè sia accolto nel campo giuridico. Così la legge non riconosce una donazione vera e propria, se non è stata fatta per atto pubblico, nè una vendita se manca il prezzo, nè l'opponibilità verso i terzi di un contratto d'alienazione, se non è regolarmente trascritto.

¹⁾ DONELLUS, *Comm. iur. civ.*, Vol. I, cap. XVII, § 3.

Ora quando mancano detti requisiti si avrà rispettivamente un progetto di donazione, una vendita mancata, un contratto inefficace *inter alios*, e non un negozio illecito ¹⁾.

La legge insomma punisce i disobbedienti, nel fatto loro proprio, negando le conseguenze giuridiche che da questo fatto vogliono derivare. Altrimenti avviene coi divieti.

Quando la legge proibisce la donazione tra coniugi o la vendita di diritti litigiosi ad un ufficiale pubblico, od un contratto immobiliare, il negozio che vien posto in essere in dispregio di tali principii, pur essendo compiuto nei suoi elementi sostanziali e quindi capace di riconoscimento dalla legge, viene nonostante privato di ogni forza giuridica; cioè è sottratta la sua efficacia per la violazione avvenuta.

Invece dove si ha una legge imperativa, non si sottrae nulla, per la semplice ragione che il negozio contro di essa compiuto non ha raggiunto mai la potenzialità di avere questa efficacia. Come pratica conseguenza di tale distinzione sorge: che mentre, nel primo caso, se è tolto il divieto di legge o viene a mancare una circostanza di fatto che integra il momento essenziale della proibizione, il negozio primitivo prende vigore; il secondo, invece, che è un negozio *non nato*, non può aver mai forza giuridica, se non lo si completa.

Data una donazione tra coniugi, se il matrimonio è dichiarato nullo, la donazione è efficace, ma una donazione non istromentata sarà sempre un non essere di fronte alla legge. Lo stesso si dica di un contratto in cui manca il consenso o che è *sine causa*.

L'Endemann fa rilevare pure questa differente efficacia delle leggi ordinarie e proibitive, di cui le une danno un negozio inesistente per intima mancanza dell'azione giuridica, le altre annullano il negozio perfetto spogliandolo di forza giuridica. Nella violazione del comando, il negozio non entra nel territorio giuridico, mentre nella violazione del divieto esso rompe i limiti segnati dall'ordine

¹⁾ Non deve confondersi il negozio *incompleto* col negozio *impossibile giuridicamente*. Nel negozio incompleto uno o più requisiti *mancano*, ma se sono aggiunti ed integrati, il negozio si perfeziona e diventa valido. Nel giuridicamente impossibile i requisiti sostanziali sussistono tutti, ma per la loro qualità viziosa (incapacità della persona, inalienabilità della cosa) impediscono perpetuamente l'avveramento di esso.

Una vendita *senza oggetto* è un negozio incompleto, ma una vendita *con oggetto fuori commercio* è giuridicamente impossibile.

giuridico ¹⁾. Il negozio disobbediente ad una legge ordinativa è un mancato ed illogico principio.

Si noti però, che mentre la disobbedienza o l'inadempimento di una legge precettiva ci dà, come abbiamo visto, il *negotium conceptum nondum natum* o per usare un'immagine del diritto penale, ci dà semplicemente il tentativo del negozio, la modificazione o deroga contrattuale che si facesse dai privati di una tale legge ricadrebbe nel concetto d'illiceità in senso lato. Mi spiego. Il legislatore accanto alle molteplici proibizioni specifiche di singoli contratti pone la proibizione generica di ogni negozio *contra bonos mores* e contro l'ordine pubblico. Ora sarebbe appunto un negozio contrario all'ordine pubblico quello che si attentasse di modificare o derogare contrattualmente all'*ius* precettivo. Una rinunzia, una transazione su una legge ordinativa, da cui dovesse scaturire un'obbligazione di non profittare dell'*ius* imperativo esistente, o per cui rispettivamente l'avversario volesse acquistare un diritto all'inadempimento da contrapporre alla legge e sopraffarla, sarebbe evidentemente illecita.

Ma questa illiceità si raggruppa sempre a quelle che scaturiscono da una legge proibitiva, e perciò non costituisce un'eccezione, ma un'applicazione normale del principio già enunciato, che in tanto può aversi un illecito, un *contra legem agere*, in quanto vi è una *lex* che *prohibet* (fr. 29 D. 1, 3) aut *vetat* (fr. 30 D. h. t.).

9. Lo stesso non è a dirsi della *fraus legis*. Perchè si elude la legge tanto se si raggiunge un materiale risultato giuridico che è vietato, quanto se si raggiunge un risultato giuridico permesso, ma non ottemperando a quei requisiti e condizioni a cui il raggiungimento è subordinato.

Ma l'effetto deleterio a cui porta la frode alla legge ha fatto sì che legislativamente si avesse la parificazione nelle conseguenze giuridiche dell'*in fraudem legis agere* con il *contra legem agere*. Questa parificazione non si ebbe però d'un tratto, anzi nel diritto romano antico, per riparare alle frodi, o si emanava una legge nuova, oppure espressamente la legge dichiarava nullo ciò che fosse fatto in frode di essa, così nella L. Fusia Caninia ²⁾.

¹⁾ Ueber die civilr. Wirkung der Verbotsgesetze, § 2: « Bei der Gebotsverletzung tritt das Geschäft nicht in das Rechtsgebiet ein; bei der Verbotsübertretung durchbricht es die gezogenen Schranken der Rechtsordnung ».

²⁾ Cfr. GAL., Institut., I, 46: « quia lex Fusia Caninia, quae in fraudem ejus facta sint, rescindit ». Lo stesso può desumersi per la *lex Falcidia* dal fr. 27, D. 35, 2 in f., e per la *Julia et Papia* dal fr. 16, D. 37, 14.

Ciò dimostra che non si aveva un principio generalmente riconosciuto per cui si eguagliasse la violazione alla frode alla legge. Ma un'influenza più benefica e decisiva fu esercitata dal diritto pretorio, come risulta dalle parole dell'Editto: « *Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, decreta, edicta, neque quo fraus cui eorum fiat, servabo* ».

L'Huschke ¹⁾ ritiene che il pretore venisse in aiuto soltanto quando si trattava di leggi imperfette, poichè per le leggi *perfectae* si provvedeva in genere con delle clausole analoghe a quelle della legge cennata.

Il Pfaff ²⁾ invece spiega questa parificazione come la necessaria conseguenza dello stesso divieto ben interpretato, inquantochè essa non è che il completamento e l'appoggio del divieto originario. Aggiunge, che a questa innovazione si venne mano mano operando coi concetti della nullità dei negozi *contra bonos mores* e contro *l'ius publicum*.

Ma comunque storicamente si voglia spiegare questa parificazione, è certo che il negozio illecito ed il negozio *in fraudem legis* sono oggi trattati nella stessa maniera, essendo entrambi colpiti da nullità.

Però il campo del *contra legem agere* è nettamente distinto da quello dell'*in fraudem legis agere*. L'uno comprende tutte le violazioni aperte, e direi quasi brutali della legge, l'altro invece soltanto le raffinate e studiate elusioni della medesima.

La frode non urta o trasgredisce apertamente un divieto, ma per una via indiretta cerca raggiungere lo stesso risultato materiale contenuto nella proibizione.

Perciò l'azione fraudolenta in sè è permessa, sebbene compiuta allo scopo di eludere l'applicazione della legge, laddove l'illecito è obbiettivamente proibito.

Inoltre, come elemento integrante della frode è l'intenzione di sfuggire al dettato legislativo, o con una falsa interpretazione verbale di esso, o snaturando il negozio nella sua apparenza esteriore, laddove nell'illecito la mente dei contraenti è inutile, perchè il loro operato, in urto alla legge, è per sè stesso riprovato.

La *fraus legis* sta a lato dell'illecito come una forma nascosta e subdola di esso, senza però confondersi o identificarsi con quello.

L'illecito è la *violazione diretta della parola* della legge.

¹⁾ *Linde's Zeitschrift*, B. XIV, S. 367.

²⁾ *Zur Lehre vom s. g. in fraudem legis agere*, S. 165.

La frode è una *violazione indiretta dello spirito* della legge mercè una forma apparentemente non proibita.

10. Il negozio illecito, abbiamo visto, risulta dalla contraddizione del contenuto di una dichiarazione di volontà con una legge proibitiva.

Ma bisogna ancora restringere il campo, e venire ad una *qualificazione* delle leggi proibitive. Giacchè, secondo l'importanza degli scopi che la legge si prefigge difendere e secondo la gravezza della violazione, la legge proibitiva varia d'intensità e misura la sua sanzione contro il negozio illecito.

Ordinariamente la legge proibitiva è mossa da un interesse generale, d'ordine pubblico, cioè ha per oggetto la protezione dello stesso ordine giuridico, ed assume una forma rigida, autoritaria, inflessibile, ed impone la pena più grave di cui possa disporre: la nullità.

Altre volte la violazione è più lieve, gli interessi in gioco sono particolari e si riferiscono a determinate persone, che sono in sostanza i veri giudici del danno che risentono dalla violazione. In questo caso la legge non vuole sostituirsi all'arbitrio privato, non vuole coattivamente far seguire l'inefficacia del negozio, che anzi essa cerca di evitare quand'è possibile, essendo la nullità sempre un male nella vita giuridica ed una causa di turbamento delle relazioni economiche, ed allora fa dipendere l'inefficacia del contratto dalla istanza od impugnativa delle parti lese: abbiamo allora l'annullabilità¹⁾.

¹⁾ L'annullabilità è una nullità condizionata ad una particolare reazione del privato che, valendosi dei mezzi giuridici esistenti, determina il rovesciamento del negozio annullabile. Il negozio porta con sé il germe della morte, ha nella sua intrinseca natura congiunta originariamente la possibilità di venire a cessare. Perciò si distingue dal negozio nullo, perchè è esistente; dal negozio valido per l'incertezza e non sicurezza del suo stato che può eventualmente essere distrutto (ENDEMANN, op. cit., S. 94). Nell'annullabilità, l'interesse ferito essendo particolare, l'ordine sociale non è interessato immediatamente e direttamente, e soltanto si presta a sovvenire ai singoli contraenti offesi. Il divieto esiste, ma nell'interesse esclusivo di determinate persone, il negozio contro questo divieto viene a colpire soltanto queste determinate persone, è giusto dunque che la sanzione di questa illiceità sia rimessa al giudizio di questi interessati. Ma si noti: non è il privato che d'arbitrio suo rovescia il negozio — egli non ha questo potere — il negozio annullabile è già tale per legge, cioè nasce soggetto all'eventualità di essere rovesciato; il contraente quindi colla sua impugnativa non fa che mettere il suo concorso, la sua cooperazione, produrre quella certa spinta che la legge ha richiesto per operarsi la nullità. L'azione di annullamento è la verifica della

Finalmente può aversi un divieto che lascia anche valido il negozio vietato.

È questo un semplice divieto *istruzionale*, che assume la figura di un'esortazione ¹⁾ e che si affida per essere rispettato all'interesse ed alla moralità delle parti, oppure al dovere d'ufficio dell'impiegato o militare, cui è rivolto, così che la violazione è passibile di sanzione disciplinare. Talora la legge si contenta anche di una pena contro i trasgressori, ma non va più oltre ad intaccare o sopprimere l'effetto del negozio proibito ²⁾.

Abbiamo dunque un *graduale trattamento*, cioè nullità, annullabilità, efficacia con pena, efficacia pura, secondo la *gravezza della proibizione violata*, come analogamente nelle leggi ordinarie dal carattere essenziale o non essenziale dei requisiti costitutivi i negozi, può indursi nella loro mancanza l'invalidità od efficacia dell'atto ³⁾.

condizione legale, a cui era stata sospesa la invalidità del negozio. Dei negozi illeciti, in senso improprio, gravati soltanto della sanzione dell'annullamento sono nel dritto nostro il negozio carpito per dolo o strappato con violenza. Nel dritto romano si aveva inoltre il mutuo del *filius familias* contro il S. C. Macedoniano, e l'*intercessio mulieris* contro il Vellejano. Non si può mettere in dubbio che in questi casi si tratti veramente di negozi *proibiti dalla legge*, gravati dalla sanzione più debole dell'annullamento, sebbene ciò non apparisca dall'esterna forma della proibizione, e si continui a parlare di vizi del consenso e di cause di rescissione, senza pensare *al perchè* questi supposti vizi apportino l'effetto dell'annullabilità. Invece questa risulta come naturale conseguenza del divieto implicitamente contenuto nei vari casi, di aversi un negozio *vi compulsum* o *dolo malo gestum*. Questa concezione è sostenuta oggidì dai più valenti romanisti e civilisti (Cfr. ENDEMANN, op. cit., § 93-101; WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 82; GRADENWITZ, *Ungültigkeit obl. R. Geschäfte*, S. 300-321; REGELSBERGER, *Pandekten*, § 174, S. 633).

¹⁾ Di questi se ne incontra qualche esempio nelle leggi di procedura, in cui fra tanti divieti regolamentari e che hanno piuttosto carattere di ammonizioni, è posta la regola (art. 56 P. C.) che la nullità può soltanto pronunziarsi se è dichiarata per legge.

²⁾ Così specialmente nei divieti commerciali, il negozio compiuto resta valido, sebbene il contravveniente sia esposto a qualche pena od al risarcimento del danno in favore del danneggiato. Se poi il violatore è con quest'ultimo in una relazione di società o di servizio, la violazione del divieto può portare anche allo scioglimento di questo rapporto. È questo il risultato cui giunge l'OPPENHEIM nella sua breve monografia *Verbotswidrige abgeschlossene Handelsgeschäfte*, Göttingen 1891 (§ 7, S. 55-56).

³⁾ Sarebbe stata infatti un'ingiustizia adottare un'unica norma per tutti i divieti diseguali nell'importanza degli interessi voluti proteggere. Spesse volte la nullità, che è l'arma più terribile in mano dell'ordinamento giuridico, si sarebbe mostrata *sproporzionata* agli scopi che si vogliono raggiungere, cioè sarebbe andata oltre lo scopo che il legislatore si propose ed avrebbe apportato un male maggiore di quello voluto evitare.

Così noi possiamo ripetere per il diritto nostro la classificazione di Ulpiano (*Ulp. fragm.* § 2 e seg.) per il diritto romano, in *leges perfectae*: « lex quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit », e che abbraccia tanto la nullità civile che pretoria, come la nostra nullità, *leges minus quam perfectae*: « lex quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit », che sono i divieti penali ¹⁾, *leges imperfectae*: « lex quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit nec poenam iniungit », che sono i divieti instruzionali.

Ora il negozio illecito, in senso tecnico, risulta dalla contraddizione di una dichiarazione di volontà con una *lex prohibitiva perfecta*.

Dico in senso tecnico, perchè in genere ogni violazione di divieto potrebbe considerarsi come un'illiceità, senonchè questo concetto generico assume un significato specifico per quei divieti, dettati da un alto interesse sociale, e che hanno per fondamento la difesa della sicurezza giuridica dei cittadini.

L'illecito scaturisce dunque dalla violazione delle leggi proibitive per eccellenza, che hanno per effetto di rendere assolutamente nullo il negozio vietato ²⁾.

11. Importa perciò sapere praticamente distinguere la diversa natura delle leggi proibitive. A tal uopo credo necessaria l'avvertenza che non è mai un criterio decidente nè una norma sicura, la forma più o meno imperativa in cui è espresso il divieto. Se questa talora potrà essere un indizio, spesse volte non varrà a togliere ogni dubbio sul vero carattere della proibizione. Tanto più che è da notare, come dalle forme rigidamente severe e scultorie del diritto antico quiritario: *ne facito, ne sepelito neve urito, sacer esto*, e dai comandi autoritari ed energici del pretore: *vim fieri veto, facere immittere veto, ut navigare liceat, interdicam*, si è venuto a poco a poco nel linguaggio del legislatore ad una attenuazione della forma proibitiva che tende quasi a scomparire e che talora si manifesta sotto forma didattica ³⁾.

¹⁾ Di essi ZOESIUS (*Comm. ad Pand.*, I, 3, 50) diceva: « si legislator poenam specialem adiecerit, videtur ea contentus a generali recessisse », ed il VOET (*Comm. ad Pand.*, I, 3, § 16): « nec ipso iure nulla sunt contra leges gesta, si lex poena in contravenientes statuta contenta sit ».

²⁾ È erronea perciò l'opinione del MERLIN (*Rép.*, XIII, *Nullité*, § 1) già combattuta dal TOULLIER (VII, 480) ed oggi definitivamente abbandonata, per cui qualunque legge proibitiva in qualunque forma concepita genera nullità. Questo risultato invece si lega soltanto alle leggi proibitive d'interesse pubblico.

³⁾ Cfr. ENDEMANN, op. cit., S. 70/71: « Vollendes im Sprachgebrauche der modernen Gesetze ist die verbotende und befehlende Form *fast verschwunden* ».

Quindi ritengo inaccettabile il concetto del Molineo (*ad L. 1, de V. O.*) di reputare in tutti i casi produttiva di nullità quella legge che è formulata con la frase *non può*, dovendosi desumere da tale espressione la volontà del legislatore di togliere ogni podestà di diritto e di fatto ai privati, e d'imporre una necessità precisa di conformarsi alla legge.

L'esterna appariscenza del dettato legislativo è un criterio infido per l'interprete e pieno di contraddizioni, e che costringe ad impegnarsi in un casismo minuto, sterile di risultati.

Piuttosto è da risalire allo scopo, al fondamento stesso del divieto. Se questo è determinato da un interesse sociale, dal bisogno di difesa della sicurezza giuridica, si ha una *lex perfecta* che genera nullità. Quando invece si tratta soltanto di uno scopo di polizia, di finanza, di disciplina, allora il divieto che ne scaturisce non tocca all'esistenza ed efficacia del negozio vietato, ma può produrre secondo i casi delle penalità, delle multe, dei provvedimenti disciplinari e simili.

Formulato questo principio, è da vedere in quanto si lascia giustificare la regola, già stabilita nel diritto romano (L. 41 D. 48, 19)¹⁾ e svolta ampiamente dalla dottrina del medioevo, per cui la pena speciale deroga alla generale, ed il divieto *poena adiecta* si deve ritenere come un segno dell'efficacia del negozio. Veniamo cioè ad applicare particolarmente ai divieti penali il criterio già posato di distinzione delle leggi *perfectae*.

Il principio per cui deve considerarsi che il legislatore, sancendo una pena, si è già contentato di essa, ed abbia con ciò implicitamente escluso ogni altro effetto più grave, non è sempre vero, potendo la pena non escludere la nullità del negozio vietato.

Cade quindi ogni pregio alla norma, pronunziata come una guida sicura, di ritenere sempre validi i negozi puniti.

Per decidere adeguatamente la tesi proposta, bisogna risalire alle relazioni che intercedono fra la sostanza di un negozio e la pena.

Quando il negozio civile costituisce una violazione della legge penale, esso riceve una sanzione dal diritto punitivo. Ma la natura del negozio non cangia perciò. Poichè la pena è un momento *acces-*

¹⁾ « Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est. Nec ambigitur in caetero omni iure *speciem generi derogare* » (Papin., 1. 2 *Definit.*).

sorio ed esterno che si aggiunge ad esso, senza però immutarne la natura. È un qualche cosa di estraneo al contenuto del negozio, che viene a *cumularsi* ed a pesar sullo stesso, ma che non ha alcuna relazione intima colla sua struttura. Infatti come può aversi un negozio nullo punito, ed in questo caso la punizione viene a rafforzare il divieto (matrimonio bigamo), così può aversi un negozio punito efficace, come la vendita di chiavistelli e grimaldelli a persona sconosciuta. È quindi erronea l'opinione che ritiene un'azione delittuosa giuridicamente inefficace, sol perchè soggetta a pena criminale.

Invece per vedere se il negozio è proibito o permesso si deve esaminare in sè medesimo indipendentemente dalla pena che per ragioni giuridiche particolari l'ordinamento sociale ha creduto gravare. La pena, questo mezzo protettivo e repressivo, è senza influenza. Piuttosto deve dirsi che spesso coincidono quelle ragioni per cui è dichiarata la invalidità civile con quelle per cui è stabilita una sanzione penale.

In tal caso, essendovi coincidenza negli scopi, si ha anche coincidenza negli effetti. Così l'appropriazione furtiva di una cosa è civilmente inefficace, ed è anche punita, così la falsificazione di un documento, soggetta a pena, non crea un diritto di credito a favore del falsificatore ed un titolo a suo vantaggio, e così in genere in tutte le violazioni di diritti patrimoniali degli individui.

Ma altre volte questa conformità non sussiste, queste ragioni non esistono ugualmente per la legge penale e civile o divergono fra loro, donde la conseguenza di un trattamento diverso che può avere la stessa azione penalmente e civilmente. Ciò avviene in special modo nei casi in cui la pena è dettata per fini particolari, amministrativi o di polizia (contravvenzioni): allora il negozio rimane efficace, nonostante la pena.

Così si giunge al risultato negativo di ammettere che senza attenersi al segno esterno ed irrilevante della punizione, per decidere della validità o nullità del negozio, bisogna guardarlo in sè, ed osservarlo nel suo fondamento giuridico, nel suo significato civile. Ora in tutti i casi, in cui si suole dire che la pena speciale esclude la generale e lascia valido il contratto, si tratta appunto di un negozio, che per sè, secondo i suoi elementi interni ed il suo fondamento, non contiene alcuna contrarietà all'ordinamento pubblico ed alla sicurezza della vita giuridica.

Esempi di leggi proibitive penali o *leges minus quam perfectae* si incontrano frequenti nel diritto romano. Basta ricordare la *Lex Furia testamentaria*.

Questa legge stabiliva che nessuno potesse conseguire un legato superiore ai mille assi, e nel caso che l'erede era azionato per una misura maggiore — *contra legem* — spettava l'*exceptio* per il rigetto della pretesa, ma se il legatario avesse realmente capito il legato, questo acquisto non era nullo nè revocabile; piuttosto l'erede aveva un'azione per ottenere il quadruplo dell'eccedenza (*quadrupli poenam constituit*. Vat. fragm. § 301) sotto forma di una *legis actio per manus iniunctionem puram*.

Nel diritto nostro di leggi proibitive penali s'incontrano anche numerose in materia di polizia, d'imposte, di finanze, ecc. Se ne può ricordare anche qualcuna, contenuta nel nostro diritto privato. Articolo 57 c. c.: *Non può contrarre nuovo matrimonio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente*. Art. 128: *La donna che contragga matrimonio contro il divieto dell'art. 57, l'ufficiale che l'abbia celebrato e l'altro coniuge incorrono nella multa di lire trecento estensibile a lire mille. La donna decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provenga dal primo marito*.

Ecco un matrimonio proibito, valido e gravato di pena.

Riassumendo, il negozio illecito per contraddizione alla legge risulta dalla violazione di una *lex proibitiva perfecta*. Il criterio per distinguere tale legge dai divieti instruzionali e penali non può desumersi dalla forma esteriore in cui è espresso il divieto o dall'elemento accidentale ed accessorio della pena, ma riposa nel fondamento giuridico del divieto stesso, cioè nello scopo d'interesse generale avuto di mira colla proibizione ¹⁾.

B. *Urto al buon costume*. — **12** Uno dei concetti più vaghi ed indefinibili del nostro diritto civile è quello del buon costume o dei buoni costumi ²⁾. Nel diritto romano troviamo incidentalmente abbozzata la determinazione di questo concetto in un celebre frammento di Papiniano: « *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores*

¹⁾ Nel dubbio però dovrà decidersi per il carattere assoluto del divieto e per l'effetto della nullità, giacchè è presumibile la normale intenzione del legislatore di annullare ciò che va contro il suo volere (c. 5 Cod. 1, 14).

Cfr. WÄCHTER, *Pandekten*, I, § 20; DERNBURG, *Pandekten*, I, § 31; BESELER, *System des Deutsches Privatrechts*, III, § 195; STOBBE, *Handb. des Deuts. Privatrechts*, I, § 22; REGELSBERGER, *Pandekten*, I, § 147; LAURENT, *Principes*, I, § 66.

²⁾ LAROMBIÈRE, *Théorie et prat. des obligations*, I, art. 1133, n. 2: « Ce sont des choses, qui se sentent, plutôt qu'elles se définissent ».

fiunt, nec facere nos credendum est » (L. 15 D. 28, 7). Così il concetto sintetico dei *boni mores* si scompone nelle idee analitiche della *pietas* : sentimento religioso e doveroso, dell'*existimatio* : reputazione, onore, della *verecundia* : onestà; ma questi elementi sebbene, concorrano tutti alla formazione del concetto ondeggiante ed inafferrabile dei buoni costumi, non bastano a rispecchiarne con precisione l'idea. Non è mio animo di perdermi qui in una ricerca psicologica, nè di riferire con poca utilità le definizioni più o meno precise che s'incontrano fra gli scrittori nostri e stranieri, ma credo di colpire nel vero, designando il concetto dei buoni costumi come equivalente a quello di *moralità pubblica*, di coscienza morale in un dato popolo ed in un dato tempo.

La coscienza popolare è come il termometro della moralità di un dato paese.

Attraverso i secoli, per una successiva modificazione ed ingentimento delle idee e dei sentimenti, si è venuto formando nella società un senso morale sempre più squisito che si manifesta subbiectivamente come un intuito chiaro delle azioni onorevoli e turpi, e che non è altro che il senso d'aggradimento o di repulsione che genera in noi stessi l'intelligenza del fatto altrui, secondo è desso conforme o stridente col nostro carattere morale. Il senso morale però non è l'effetto di un giudizio che l'individuo fa volta a volta delle azioni turpi ed oneste, ma questo giudizio si è quasi organizzato, si è trasformato in un sentimento inconscio. L'uomo di fronte ad un'azione iniqua, non è che pensa, e come frutto della riflessione, ne percepisce l'iniquità, ma per una lunghissima abitudine ereditata sente inconsciamente l'iniquità. Come il movimento volontario, per il lungo ed inveterato uso, si trasforma in movimento istintivo, così certe operazioni intellettive diventano a lungo andare delle sensazioni oscure della coscienza.

Ora il senso morale individuale non è altro che un frammento del senso morale della società ¹⁾, o viceversa questo non è che il complesso o la media statistica del carattere morale di tutti gli individui. Ora è appunto in questo senso morale universale, storicamente acquisito, in questo sacro patrimonio di idee e sentimenti ereditate col lungo volger dei secoli dalle lontane generazioni, e depositate lentamente e stratificate in silenzio nel fondo della nostra

¹⁾ Cfr. MAX-NORDAU, *Die conventionellen Lügen*, cap. VII: Il sentimento pubblico non è altro che la coscienza della specie, come la coscienza non è altro che il sentimento pubblico nell'intimo dell'individuo.

coscienza, che sta il criterio per giudicare se un'azione è morale od immorale, e se merita riconoscimento giuridico ¹⁾).

13. Ma in che rapporto sta il diritto di fronte alla morale, o meglio com'è che si comporta il diritto nella sua funzione di protezione della moralità pubblica?

Il diritto resta semplicemente passivo, cioè esercita un'azione *negativa* di fronte ai principî della morale. Esso non tende ad un'assimilazione ed incorporazione dei principî etici, non tende a moralizzare, ma si limita soltanto ad impedire, a reagire e ridurre l'immoralità che per svolgersi si serva dei mezzi giuridici. Il diritto non comanda l'onesto o la virtù, ma combatte nel campo giuridico tutto ciò che sa di disonesto e di turpe.

È la sua un'azione *ostacolatrice*, in quanto impedisce la formazione e la efficacia di quei negozi che offendono direttamente il buon costume o servono palesemente di mezzo ad un'azione immorale ²⁾).

Una formulazione abbastanza rigorosa della funzione del diritto in questo rapporto ci ha dato il Puchta ³⁾, il quale stabilisce che il diritto non può essere abbassato e fatto servire come mezzo di coazione per pretendere un'azione immorale. La legge cioè riprova quei negozi che avrebbero per conseguenza di far nascere un diritto di credito sulla immoralità altrui (*eine Förderung der Unsittlichkeit*). Il Ravit ⁴⁾ ha criticato questa concezione chiamandola ondeggiante e vaga, e rimproverando che essa potrebbe condurre nei singoli

¹⁾ BRISSONIUS, *De verb. sign.* sub voce *Mores*: « Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveterati et communi consensu omnium recepti ».

²⁾ Cfr. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag*, Leipzig 1896, S. 6. « Il dritto fa con ciò suoi i precetti morali, non nel senso che pone i suoi mezzi a disposizione e servizio della morale per la sua diffusione, ma bensì nel senso ch'esso rifiuta la sua assistenza, quando è invocato sul fondamento di un negozio che la morale disapprova. È in questo caso a parlarsi, secondo il LOTMAR, d'una influenza negativa della morale nel dritto. Poichè egli distingue una influenza *positiva* della morale nel dritto, che è la ricezione di concetti ed idee morali nel campo giuridico, come i concetti della *bona fides*, della *fiducia*, dell'*honestas*, e ricorda a questo proposito la storia dei fedecommessi la cui esecuzione prima era lasciata alla coscienza dell'onerato e che più tardi divenne obbligatoria. Distingue poi un'influenza *negativa* la quale si manifesta in un impedimento dell'immoralità mercè la riprovazione e riduzione delle normali conseguenze giuridiche. Essa consiste cioè nel sistema di difesa che il dritto adotta verso l'immorale e si può considerare come forza combattente ed allontanante l'immoralità.

³⁾ *Pandekten*, § 20.

⁴⁾ *Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge* (*Archiv für civ. Prax.*, B. 58, S. 3).

casi a fare essere il momento decidente soltanto il grado dell'immoralità.

Ma queste accuse non mi sembrano fondate, anzi mi pare la formulazione del Puchta molto precisa e degna di essere accettata. Ed infatti è stata accolta ultimamente dal Lotmar, il quale scrive: È in general modo negata protezione giuridica alla *pretesa dell'immorale*, e l'immoralità che per svolgersi si serva del mezzo della forma contrattuale è combattuta in ciò che la scelta forma contrattuale non è rispettata come forma giuridica ¹⁾.

A questo punto è utile fare un'osservazione.

La particolare condotta protettiva che il diritto esercita verso la morale non è il risultato spontaneo, derivante dalla natura stessa del diritto, intimamente etica, ma è un portato del diritto positivo, è l'espressione di una norma legislativa che ha piegato il diritto alla considerazione della moralità.

Da qui derivano due conseguenze. L'una che la morale rispetto al diritto è posta in una posizione *sottordinata*, l'altra che il principio della nullità dei negozi immorali ha un *contenuto giuridico*, poichè ogni norma etica, accolta che sia nel campo del diritto, spoglia il carattere originario per rivestire carattere giuridico.

Perciò deve indursi che se un principio positivo fosse mancato, non si sarebbe potuto aver riguardo alla moralità nei negozi. Invece di fatto tutte le legislazioni si accordano nel prendere in considerazione la morale e concederle questa tutela indiretta, a cominciare dal diritto indiano ²⁾, egiziano, assirio, ellenico, e dal diritto romano che stabilisce i principii: « *Pacta quae contra leges Constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati iuris est* » (6 Cod. II, 3) e « *Omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur nullius momenti sunt* » (4 Cod. VIII, 38), e giù giù per il diritto intermedio in tutte le altre legislazioni moderne, che in misura maggiore o minore accolgono la nullità dei contratti contro i buoni costumi.

Esplicita è a questo riguardo la formulazione che trovasi fatta di tale principio nel nuovo codice germanico: § 138. Il negozio giuridico che urta contro i buoni costumi, è nullo ³⁾.

14. Da questa speciale funzione protettiva del diritto sorge come

¹⁾ Op. cit., S. 5/6. Cfr. TOLOMEI, *Dritto naturale*, § 325: Nessuno può acquistare un dritto di costringere il suo simile alla immoralità.

²⁾ POLLOCK, *Principles of Contrat*, p. 686.

³⁾ « Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstöszt, ist nichtig ».

conseguenza che è per noi interessante non il concetto della morale in sè, ma il concetto negativo di essa, cioè l'immorale, il quale risulta dall'offesa della condotta umana contro la moralità pubblica.

L'immorale si rivela per segni sensibili. Infatti la coscienza collettiva di fronte ad un'azione turpe od iniqua sente uno stato doloroso di sdegno ed un senso di turbamento profondo che si dice *scandalo*. Quando un'azione scandalizza, quando desta lo scandalo pubblico, vuol dire che essa offende la coscienza morale della società. Questa manifestazione esterna e sensibile dello scandalo può servire di guida al giudice nell'apprezzamento dei fatti umani, e quindi nel riconoscimento o disconoscimento giuridico dei negozi.

Perchè è ovvio che non ogni singola e subbiettiva repulsione che desta in noi l'azione altrui può autorizzarci a dirla immorale: anzi gli individui, secondo il loro grado di educazione e di coltura, sentono in un grado maggiore o minore la offesa alla moralità, cosicchè una mancanza trascurabile per uno diventa agli occhi di un altro più scrupoloso un torto imperdonabile. Ma queste diversità e sfumature di carattere si perdono guardandole a distanza, e da lontano non si scorge che una sola linea, eguale, uniforme, che è il carattere morale comune.

Ora è ciò che ripugna a questa morale comune che il legislatore bandisce e condanna alla nullità. Al giudice quindi non è data l'accettazione volontaria di idee morali nel campo giuridico, egli non può sentenziare ispirandosi al suo subbiettivo e perciò arbitrario sentimento morale, ma deve soltanto accogliere quelle regole morali che sono veramente penetrate nel commercio e che si sono per così dire incorporate nei costumi e nelle istituzioni, formando il contenuto vitale ed invisibile delle stesse ¹⁾. La garanzia, appunto perchè questo principio della nullità dei negozi contro i buoni costumi non sconfini e si presti a decisioni arbitrarie, sta proprio in ciò, che la morale decidente non è la morale personale, ma la morale generale, ed il giudice deve attingere alla sua coscienza, solo in quanto essa rifletta la coscienza universale di tutti ²⁾.

¹⁾ ENDEMANN, *Einführung in das Studium des bürgerl. Rechts*, § 103, S. 435.

²⁾ UDE (*Archiv f. civ. Prax.*, B. 48, S. 257). Non deve il concetto dell'azione immorale esser riposto nel giudizio individuale del singolo che è insicuro ed oscillante, ma deve essere di norma soltanto *die allgemeine Volksüberzeugung*.

Il COSACK (*Lehrb. des dtsh. bürgerl. Rechts*, I, S. 172) invece insegna che il giudice, dove la opinione dominante è incerta e insufficiente, può completarla col suo personale sentimento di moralità: « darf der Richter sie aus seinem eigenen höchstpersönlichen Sittlichkeits- und Anstandsgefühl ergänzen ». Ma quest'opinione non è esatta.

15. Dalla immoralità deve distinguersi la *scorrettezza* o *indelicatazza* dell'azione; poichè si capisce che non ogni minima deviazione dalla morale o violazione di un sentimento nobile ed onorevole può interessare l'ordine giuridico ¹⁾.

La legge ha voluto reprimere e bandire dal campo del diritto soltanto le azioni turpi, inique, che producono uno strappo al senso morale della società, ma non ha potuto nè dovuto preoccuparsi di quelle leggere offese alla morale, che per quanto non degne d'approvazione, pure non meritano di esser trattate col rigore estremo di far seguire l'inefficacia del negozio in cui sono contenute. Ne verrebbe un turbamento delle relazioni economiche, una incertezza nello svolgimento dell'attività contrattuale, sempre timorosa di non ledere ad ogni passo un qualche precetto di delicata onestà. Così per eccessivo purismo si avrebbe la più ingiusta e soffocante costrizione dell'autonomia privata.

Si ricordi che il diritto non è scuola o palestra di morale, nè i codici catechismi di etica, ma che la legge prende in considerazione questa soltanto dal lato negativo, in quanto impedisce l'immoralità. Come la legge non tende ad imporre la virtù, così non può rifiutare protezione giuridica a quelle prestazioni che, pur non essendo virtuose o decorose, non sono peraltro immorali. Perchè segua la pena gravissima della nullità del negozio, deve aversi proprio un'azione turpe, riprovata dalla coscienza universale, e non basta un semplice comportamento sconveniente o poco dignitoso ²⁾.

La giustezza di questi principii è stata riconosciuta dalla giurisprudenza, che ha avuto luogo di farne applicazione. Così la Cassazione di Torino ³⁾: « Il concedersi dal gerente di società commerciale al direttore di un istituto bancario un premio per i servigi da questo resigli nell'allargare il credito presso l'istituto stesso può essere cosa *poco corretta od indelicata*, ma non è convenzione annullabile per causa illecita ». A. Venezia (14 settembre 1897) ⁴⁾: « Per

¹⁾ Vedi JACOBI, *Recht, Sitte und Sittlichkeit* in *Ihering's Jahrbücher*, vol. XLI, anno 1900, S. 95.

²⁾ Cfr. LAROMBIÈRE, *Théor. des Oblig.*, I, 1133, 4: « Il ne faut pas croire que, dans l'appréciation de ce qui est contraire aux bonnes moeurs, la loi apporte le minutieux rigorisme d'un moraliste sévère qui pèse les actions humaines jusq'au scrupule. Tout en protégeant le maintien des bonnes moeurs, la loi ne va pas jusq'à s'élever contre ce qui pourrait exciter les susceptibilités et les repugnances d'une excessive délicatesse ».

³⁾ Sentenza 12 marzo 1896 (*Monit. dei Trib.*, 1896, 602).

⁴⁾ *Foro Ital.*, *Rep.*, 1897. Voce *Contratto*, n. 18.

quanto *scorretta* non può dirsi illecita la convenzione, con cui uno dei creditori insinuatosi in graduatoria garantisce ad altro creditore il conseguimento del suo credito verso obbligo assunto da quest'ultimo di non elevare opposizione alla collocazione del suo credito ».

16. Il sentimento morale essendo una manifestazione del grado di sviluppo intellettuale ed etico della società, è necessariamente variabile, e quindi diverso secondo i popoli e secondo i tempi. Così nelle ére primitive noi troviamo adempiuti come doveri delle azioni delittuose, e considerate come delle prodezze degli infami assassini. Basta ricordare i sacrifici di vittime umane sulle are degli dei, ed i numerosi omicidi funerari in India, e l'obbligo della vendetta ereditariamente trasmesso e religiosamente osservato nelle famiglie, e le razzie dei popoli barbari come legittimi mezzi di acquisto. Viceversa esser reputate turpi ed orribili altre azioni che oggi si mostrano perfettamente innocenti. Così lo Spencer ¹⁾ riferisce che presso certe tribù maomettane il più grave peccato è il fumare (bere, essi dicono, la cosa vergognosa) in confronto a cui l'omicidio ed il furto sono appena peccati veniali, e che presso i Tahitiani, che mancano di ogni senso di pudore e di verecondia sessuale, è una causa di vergogna il mangiare in compagnia. Questi ricordi non sono inutili, perchè ci avvertono, com'è normalmente possibile che un negozio reputato morale od immorale oggi, non sia stato reputato tale in antico, o che non lo sarà medesimamente in avvenire. Quando nel medioevo il duello era riconosciuto come un mezzo giudiziario di prova, la *conductio operarum* che facesse il litigante di uno per battersi coll'avversario, era reputata lecita; oggi sarebbe ritenuta immorale.

Nel diritto romano il *prodire in scoenam* era cosa turpe e portava l'infamia, ma oggi i contratti teatrali sono perfettamente efficaci ²⁾.

Certe volte anzi ogni minima oscillazione e variazione del sentimento pubblico si ripercuote nel campo giuridico, ed un negozio secondo i tempi si modifica gradualmente passando in tutte le più sfumate tonalità dal lecito all'illecito.

¹⁾ *Morale évolutioniste.*

²⁾ Così anche nel diritto romano era nullo come *contra bonos mores* il contratto d'insegnamento del diritto civile per cui il maestro stipulava un onorario dai discepoli (1, § 5, D. 50, 13); oggi nessuno dubita della sua validità. Cfr. *SINTENIS, Civilrecht*, II, § 83, n. 26.

Basta ricordare la irrequieta sorte della *conditio viduitatis*.

Inoltre questa continua evoluzione della morale in corrispondenza della civiltà ci avverte come possano presentarsi dei casi nuovi, in cui la morale antica tace, e che spetta alla morale moderna di risolvere. Così abbiamo dei contratti immorali di origine storica recente, e di cui non si ha traccia nelle fonti.

Come i *pacta de non licitando* e le clausole di concorrenza ¹⁾.

17. La morale a cui il giudice deve ispirarsi nel suo giudizio deve essere quindi non la morale antica, o romana, o medioevale ²⁾ espressa storicamente nelle fonti e nei trattati, che per una continua evoluzione essendosi modificata, non è più applicabile e compatibile coi tempi nuovi, ma deve essere la morale presente, la morale d'oggi ³⁾.

Il giudice deve attingere il suo criterio di giudizio nella vita, non nella storia, e nella vita attuale, palpitante, che con le sue agitazioni, coi suoi slanci, colle sue tempeste ci dà il riflesso della società moderna.

La funzione del diritto nella protezione della moralità non può andare a ritroso dei tempi: esso asseconda e deve assecondare il movimento evolutivo della coscienza morale del popolo, e non può essersi arrestato a quel che era due mila anni fa.

D'altra parte la legge non può precedere ed antivenire i tempi e quindi fare adottare come decidente una morale che non esiste, una morale ideale, vagheggiata da filosofi e da poeti: la morale dell'avvenire ⁴⁾.

La morale normale non deve essere neanche una morale teorica,

¹⁾ LOTMAR, op. cit., S. 85.

²⁾ BEKKER, *Pandekten*, II, S. 353: « . . . un negozio *contra bonos mores*, cioè non contro i buoni costumi della società romana-bizantina, ma contro quelli della società presente ». RAVIT (*Archiv f. civ. Pr.*, B. 58, S. 68). Non debbono in tal rapporto (cioè nel giudizio della moralità) reputarsi vincolanti le opinioni dei giuristi romani, ma dobbiamo lasciarci guidare dalle idee morali del nostro tempo « *von den in unsere eigenen Zeit sittlichen Vorstellungen* ».

³⁾ Così i romani parlavano della *loro* morale, non della morale di altri popoli o di altri paesi. Cfr. L. 15, D. 28, 7: « *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram . . .* »; L. 15, § 6, D. 47, 10: « *Adversus bonos mores sic accipiendum . . . adversus bonos mores huius civitatis* ».

⁴⁾ Così, dice il LOTMAR (op. cit., S. 92), un giudice che sia entusiasta seguace delle dottrine di Nietzsche, secondo cui l'odierna morale cristiana europea è una morale da schiavi o da mandra d'animali, non dovrà giudicare i contratti secondo questa morale dell'avvenire e quindi p. es. riconoscere nel contratto di sfruttamento non un prodotto di una società imperfetta e primitiva, ma una funzione

quale è quella svolta scientificamente dai moralisti; ma una morale reale, pratica, quale si sente e si usa dalla generalità dei cittadini ¹⁾.

Inoltre nel decidere dell'immoralità di un'azione, uno non deve attenersi alla morale di un certo culto religioso, così alla morale cristiana o maomettana o buddhista, ma alla morale ordinaria, praticata da tutta la società, senza distinzione di professione religiosa.

Nè infine uno deve preoccuparsi e turbarsi la serenità del giudizio dal confronto di altre legislazioni, perchè la morale protetta dalla legge è la morale locale, non internazionale. Infatti nei diversi paesi, come varia la razza, le condizioni telluriche e climatologiche, le tradizioni, i costumi, l'educazione del carattere, così varia la morale, e quindi può non coincidere il giudizio sulla morale di una stessa azione, espresso nei vari paesi.

Ma è da ritenersi esagerata e da respingersi in tutti i casi l'opinione, che vuole ancora suddividere e piegare il giudice a badare alla moralità, secondo il grado sociale, il sesso e la classe degli individui ²⁾. La legge bada alla morale comune e non può specializzare ed interessarsi della morale individuale.

Per riassumere, la morale che deve formare il criterio per il giurista e per il magistrato non è la morale *passata* o *futura*, ma la morale *presente*, non la morale *teorica*, ma la morale *pratica*, non la morale *religiosa*, ma la morale *civile*, non la morale *internazionale*,

organica della vita moderna come conseguenza del valore individuale. Nè un giudice che professi l'astinenza e che nell'aleoolismo vegga una rinunzia alla dignità umana, può ritenere immorale il contratto di vendita di alcool tra l'oste e l'avventore (S. 94).

¹⁾ LOTMAR, op. cit., S. 95: non morale sulla carta, ma morale reale: « Keine bloss postulierte nur auf dem Papier stehende; sie muss auch eine realisierte sein ».

PLANCK (Komm., I, S. 190): « Nicht ein Verstoß gegen die Sittlichkeit sondern gegen die guten Sitten wird gefordert. Dadurch wird darauf hingewiesen, dass das jeweilige Volksbewusstsein, nicht diese oder jene theoretische Ansicht über die Anforderungen der Sittlichkeit entscheidend sei ».

²⁾ BEKKER, Pandekten, II, § 117, Beil. I. « Nell'apprezzare l'urto ai buoni costumi è anche da mettere in considerazione il modo di vita in certi stati speciali, ufficiali, ecclesiastici, impiegati ».

Nel diritto nostro esiste una diversità di morale nella classe dei civili e dei militari in ordine al duello. Per quest'ultimi infatti esso è obbligatorio, ed in caso di rifiuto importa la perdita del grado o la squalificazione dell'ufficiale. Ma ciò non toglie che un negozio avente per oggetto un duello, anche fra militari, sia nullo.

ma la morale *locale*, non la morale *subbiettiva*, ma la morale *imper-*
sonale.

18. Il giudizio sulla moralità od immoralità dell'azione è una *quaestio facti* ¹⁾.

Invero si tratta qui non altro che di un apprezzamento, per cui valutate le condizioni della morale sociale, accertata o meno l'esistenza di certi precetti o divieti, se ne fa applicazione al caso singolo, e si stabilisce se esso è o no in contraddizione colla moralità pubblica.

È un giudizio di paragone.

Il giudice *si convince* che un'azione è permessa o riprovata, e questa sua convinzione egli ricava non dalle leggi o dai principii giuridici, ma dall'esame obbiettivo dell'azione in rapporto alla morale generale.

Da ciò segue che il giudizio di merito sulla turpitudine o liceità di un dato fatto non è censurabile in Cassazione, la quale è chiamata soltanto a statuire sulla falsa applicazione o violazione di legge ²⁾.

Peraltro può in tali giudizi incorrersi in una violazione di legge ed essere ammissibile il ricorso in Cassazione, quando non si tratta già di stabilire se un dato fatto costituisce o no un urto ai buoni costumi, ma di stabilire se questo urto ai buoni costumi, nel modo com'esso si presenta, possa esser preso in considerazione dal diritto. Noi vedremo in seguito che perchè l'immoralità produca l'effetto dell'inefficacia del negozio, essa deve cadere nel contenuto del negozio in una data forma, e che invece la immoralità delle circostanze che accompagnano il contratto, degli effetti ultimi che ne derivano, della mente dei contraenti, è senza influenza. Ora se un giudice, preoccupandosi di uno di questi momenti accessori ed irrilevanti del negozio, dichiarasse la nullità dello stesso, egli avrebbe falsamente applicato il principio della nullità del negozio *contra bonos mores*, e tale falsa applicazione sarebbe deducibile dinanzi il Supremo Collegio.

19. Vediamo ora di determinare a grandi linee il campo abbracciato dall'immorale.

¹⁾ RAVIT, op. cit., S. 68. « Hat die Frage, ob in concreto eine Unsittlichkeit vorliegt oder nicht, an sich keinen juristischen Charakter, sondern ist eine *quaestio facti* ».

²⁾ Lo stesso dice LOTMAR per l'istituto analogo della Revisione in Germania (S. 91).

Le azioni immorali sono di due categorie: azioni immorali punite, cioè i delitti, ed azioni immorali non punite, cioè quelle che sebbene indegne di tutela giuridica, pure come innocue alla sociale convivenza non ricevono una sanzione dalla legge punitiva.

La prima categoria è facilmente riconoscibile, perchè si trova già legislativamente raccolta nel codice penale, nelle leggi di polizia, in leggi speciali, nei regolamenti municipali, ecc., cosicchè ogni obbligazione avente per oggetto una simile violazione è nulla. « Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, *ab initio non valet* » (L. 123 D. *de V. O.* 45, 1). « Si quis homicidium vel sacrilegium facturum promittat, *stipulatio nullius est momenti* » (L. 27 D. h. t.).

Qualche scrittore ¹⁾ ha invece espresso l'avviso che non tutti i delitti formanti oggetto del contratto imprimono a questo un carattere illecito, ma che si debba distinguere tra reati di gius naturale e reati di creazione politica, questi ultimi non dando luogo ad una illiceità.

Come esempio tipico di tali reati si porta il contrabbando, ed in conseguenza si dice che la vendita di una merce proibita o l'associazione per il traffico d'introduzione di merci in frode alle dogane debba reputarsi valida ed avente efficacia giuridica.

Ma questa distinzione manca di fondamento, ed a ragione è stata abbandonata dalla dottrina ²⁾. Infatti non si comprende perchè debba distinguersi fra delitto e delitto, quando la società è egualmente interessata alla repressione dell'uno come all'impedimento dell'altro. Piuttosto è da riconoscere che è un sentimento generale del nostro popolo, che si riflette talora nella coscienza di questi scrittori, di considerare il fisco come un estraneo, come un nemico comune, contro il quale è legittimo affilare le armi e difendersi dai suoi colpi. Questo sentimento è un residuo dell'odio antico, quando il fisco era rappresentato dall'ingordigia di un principe o dall'avidità dei baroni che facevano girare colla cestella (dove *fiscus*, diminutivo *fisc-ella*) per dissanguare i loro soggetti e soddisfare i loro capricci. Ma oggi l'erario ha cambiato natura: esso è un organo dello Stato e rappresenta la forza viva e materiale della nazione.

Questa lotta aspra e feroce contro il fisco è insensata, perchè diminuendo l'erario si diminuisce la potenzialità dello Stato, ciò che

¹⁾ TOULLIER, t. 6, n. 127.

²⁾ DEMOLOMBE, I, 320; LAROMBIÈRE, 1133, 33; GIORGI, *Obbligazioni*, III, § 317.

si ripercuote sull'universalità dei cittadini, come impedendo all'individuo che si nutrisca, s'indebolisce l'intero corpo e ne risentono i singoli membri. Ora il contrabbando, come ogni altro reato, è proibito e punito dalla legge, quindi non può formare oggetto di una convenzione efficace.

Così non sarebbe ammissibile in giudizio nè la domanda per esecuzione del contratto o per restituzione di prezzo, nè la domanda di rivalsa o di garanzia, nè la divisione dei lucri di una tale società.

Ma se è sicuro che il contratto avente per oggetto un delitto od una contravvenzione alle leggi penali o fiscali, ecc., è nullo, è invece dubbio se possa considerarsi come immorale la violazione di una norma di uno statuto d'associazione (*castigatio domestica*) la cui infrazione dà luogo a sanzioni disciplinari; cosicchè il contratto che imponesse tale violazione dovrebbe dirsi contrario ai buoni costumi. Il Larombière ed il Giorgi ¹⁾ stanno per l'affermativa, ed anch'io inclino per questa opinione, poichè è disonesto il contravvenire scientemente a quei precetti e doveri di dignità, d'onore, d'indipendenza imposti ai singoli membri di una corporazione.

20. Nella seconda categoria di azioni immorali, esenti da pena, rientrano tutte le altre prestazioni immorali che offendono la coscienza della società e sono generalmente riprovate. Così il concubinaggio, la prostituzione, il favoritismo, le azioni disonorevoli, ecc.

Il Sell ²⁾ ha tentato anche una partizione, distinguendo:

le azioni immorali in rapporto alla divinità;

le azioni immorali in rapporto agli uomini;

le azioni indecorose;

ma questa divisione se può tornare comoda per l'esposizione, riesce affatto inutile per la teoria.

Credo invece che giova distinguere i fatti immorali secondo essi consistano in un'azione od inazione, cioè può aversi una immoralità *in committendo*: così obbligarsi a compiere un sacrilegio, un tradimento, una vendetta; ed immoralità *in ommittendo*: obbligarsi a non fare opere di beneficenza, a non prestare gli alimenti ad un parente povero, a non convivere con la moglie.

Il Lotmar ³⁾, accanto a queste due forme in cui può presentarsi

¹⁾ *Théor. des Oblig.*, I, 1133, n. 48 e *Obbligazioni*, III, § 111.

²⁾ *Op. cit.*, S. 127-128.

³⁾ *Der unmoralische Vertrag*, S. 68.

l'immorale, ne annovera una terza. Il contratto è *contra bonos mores*, egli dice, se ha per contenuto un'azione, una inazione, od una *patientia* (*Duldung*) che è immorale. Che cosa intende egli per *patientia*? Sebbene espressamente non sia detto, pure può arguirsi che si voglia significare quello stato di sofferenza in cui può trovarsi alcuno in occasione di un vincolo contrattuale assunto, il quale produce uno stato di inferiorità giuridica, riprovato dalla morale.

Però a me sembra, che questo stato di sofferenza immorale risulti sempre da una inazione, che può avere per causa originaria una rinunzia, e che debba quindi raggrupparsi nel concetto di quella. Il Lotmar cita come esempio la rinunzia del marito al *beneficium competentiae* e dell'operaio ai mezzi giuridici protettivi contro l'assuntore. Nell'un caso, l'obbligazione del marito ha per oggetto il *non servirsi* del *beneficium* della limitazione della *condemnatio* e di farsi condannare in solido, come nell'altro l'obbligazione del lavoratore ha per oggetto di *non usare* dei mezzi legali stabiliti a suo favore; perciò si tratta sempre d'una *inazione* che occasiona consequenzialmente lo stato d'inferiorità giuridica riprovato dalla morale; ma non mi sembra corretto fare della *patientia* un concetto a sè, autonomo, che possa formare oggetto di un contratto in urto coi buoni costumi.

21. Un'azione può essere immorale in sè, ossia immorale, *in senso assoluto*, e può *diventare* immorale, cioè originariamente lecita, assumere un carattere riprovato, per speciali circostanze che vengono a modificarne la natura.

Abbiamo allora un'azione immorale *in senso relativo*, in quanto essa non è intrinsecamente tale, ma fa svolgere una immoralità di relazione.

La prestazione diventa immorale o quando è soggetta ad una coazione giuridica incompatibile con la sua natura, o quando è posta in un rapporto causale con un compenso economicamente vantaggioso, che viene secondo i casi a deturpare o rendere sospetta e sfruttatoria la prestazione ¹⁾.

¹⁾ Vedi LOTMAR, op. cit., S. 68. Il negozio è *contra bonos mores*: 1.º se ha per contenuto un'azione, una inazione, od una *patientia* che è immorale; 2.º se ha per contenuto un'azione, un'inazione od una *patientia*, che non è immorale, ma che non può essere assunta ed assicurata contrattualmente; 3.º se il contratto pone una prestazione economica in un rapporto causale con una azione, inazione o *patientia* che moralmente non deve stare in tale relazione col denaro e col va-

Dunque un'azione relativamente immorale può aversi in doppio modo:

- a) o per la *insofferenza di un vincolo obbligatorio*;
- b) o per la *insoffereanza di un corrispettivo patrimoniale*.

a) Vi sono degli atti della vita che possono seguire soltanto per libera e spontanea determinazione delle parti, ma non sono passibili di alcuna coazione giuridica, poichè ogni obbligazione convenzionale che venisse a limitare questa libertà assumerebbe un carattere illegittimo e riprovato dalla morale.

L'uomo in questi casi dev'esser lasciato libero; padrone di sè, egli deve vagliare serenamente i motivi che lo consigliano per l'una via o l'altra e battere spontaneamente il cammino prescelto. Quindi tutti i vincoli di contrarre o non contrarre matrimonio, o di contrarlo con una data persona, l'obbligo di adottare un fanciullo o di ab-

lore pecuniario. Secondo il BEKKER (*Pandekten*, II, § 117, Beil. I) oltre a ciò che è turpe in sè, deve considerarsi: 1.º che sia indegno per l'individuo vendere la sua libertà di decisione; 2.º che sia indegno per certe azioni ricevere un pagamento. Analoga è la definizione del CROME (*Grundlehren des französ. Obligationenrecht*, S. 41). Inoltre è immorale il contratto, in cui è posto per oggetto un'azione in sè morale, ma in modo, che sia tolta in precedenza quella libera decisione di volontà necessaria per la sua moralità, oppure che l'azione sia posta in modo interessato a condizione di un vantaggio o di un danno pecuniario. Invece la formulazione del WINDSCHEID (*Pandektenrecht*, II, § 314, n. 4) non è precisa. Il contratto urta contro la moralità: 1.º se è diretto allo incitamento ed alla pretesa del vietato od all'impedimento del comandato (*auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen, oder auf Hinderung des Gebotenen*); 2.º se per un tale contratto si influisce sulla libertà di decisione in certi atti nei quali l'uomo non deve lasciarsi determinare da motivi esteriori; 3.º se rivela un'intenzione turpe nell'agente (*wegen Verwerflichkeit der Gesinnung*). Infatti è troppo vaga l'affermazione che tutti i negozi rivolti a promuovere l'illecito o ad impedire il giuridicamente comandato siano immorali, giacchè così si viene a tener conto delle conseguenze ultime e remote del negozio che sono invece estranee ed indifferenti alla sua efficacia. Se io do a mutuo un denaro che deve servire per aggraziarsi il giudice e conosco l'impiego, se io presto delle somme ad un libertino e so che egli dovrà servirsene per dissiparle nel vizio o nei bagordi o per mantenere una tresca, io evidentemente agevole e favorisco l'immoralità, eppure nessun giudice potrà negarmi l'azione di mutuo. Ancora è troppo generica la formulazione, che sono immorali i negozi che influiscono sulla risoluzione dell'uomo in certi casi in cui egli deve avere la più ampia libertà. Se s'intende con ciò ch'egli non possa giuridicamente vincolare la sua libertà d'azione, va bene, ma la semplice influenza non è produttiva di conseguenze giuridiche. Infine l'opinione del W. che possa il negozio divenire illecito per la subbiettiva riprovevolezza del paciente è priva di fondamento e contraria alle fonti.

bracciare un culto religioso, o la stipulazione d'irresponsabilità per dolo, e simili, sono immorali ¹⁾.

Questi principii hanno un'applicazione importantissima, specialmente nel caso in cui la prestazione che si vuol costringere consista in una *inazione*. Ciascuno infatti può bene talora soffrire una lesione del suo diritto, senza lamentarsi e ricorrere per la riparazione del torto, può egli liberamente non servirsi dei mezzi di difesa della legge, ma se altri volesse costringerlo ad una formale rinunzia preventiva, questa rinunzia sarebbe nulla. Ne nascerebbe infatti una condizione di sofferenza contraria alla dignità umana e riprovata dalla morale. Perciò la rinunzia ad agire in giudizio, al diritto di domandare la risoluzione del contratto, e l'obbligazione assunta di rimettersi alla decisione inappellabile dell'altro contraente sarebbero nulle.

b) Vi sono certe prestazioni lecite, le quali per la loro altezza e nobiltà non permettono di essere bassamente commerciate a prezzo di moneta, e quindi non possono coesistere colla stipulazione di un corrispettivo, che suonerebbe un vile mercimonio ed una deturpazione.

Così per il diritto romano l'insegnamento dell'*ius civile* era « res sanctissima quae praetio nummario non sit aestimanda nec dehonesta » (1, § 5 D. 50, 13). Anche i filosofi dovevano disprezzare ogni mercede per l'impartimento delle loro dottrine: « hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere » (1 § 4 D. eod.). Potevano peraltro accettare un onorario spontaneamente offerto dai loro discepoli, ma era turpe una stipulazione per tale obbietto. « Quaedam enim tametsi honeste accipiuntur, inhoneste tamen petuntur » (1 § 5 eod.).

Oggi per il diritto nostro tutte le prestazioni utili possono formare obbietto di contrattazione, e non si va fino allo scrupolo di vedere deturpata una prestazione di lavoro, sol perchè riceve compenso.

Ma anche per il diritto nostro può sorgere un'immoralità, quando

) Si tratta qui di prestazioni che per ragioni morali sono poste fuori commercio. Cfr. L. 34, § 1 D. de contr. empt., 18, 1. « Quas res natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum venditio nulla est ». Notevole è a questo proposito il disposto del codice portoghese, art. 671: Non possono formare oggetto di contratto: a) le cose fuori commercio; b) le cose che non possono ricondursi ad un valore esigibile; c) le cose indeterminate; d) le azioni contrarie alla morale pubblica ed alle leggi.

la prestazione è di natura così personale e delicata che l'avvicinarla ad un prezzo suona un'indegnità. Così l'amore sessuale, le relazioni tra coniugi non possono essere comprate e vendute come una mercanzia ¹⁾. Quindi i contratti per cui uno promettesse un pagamento per indurre altri a consentire alle nozze od al divorzio o per spingere il coniuge a ritornare dopo la separazione alla casa coniugale, o per cui si stipulasse una pena pecuniaria per lo scioglimento o non scioglimento del matrimonio sarebbero immorali.

Inoltre la prestazione può divenire immorale mercè la stipulazione di un corrispettivo, quando essa era di fronte allo stipulante ed in confronto al promittente civilmente o moralmente obbligatoria. Il ladro che si fa pagare per restituire al proprietario la cosa rubata, il giudice che si fa pagare per pronunciare una sentenza secondo diritto, il testimone che per prezzo s'induce a deporre la verità su un fatto a cui fu presente, commettono certamente un'azione immorale. Non che la prestazione, nei singoli casi, la restituzione della *res furtiva*, la pronunzia della sentenza, la deposizione in giudizio, siano esse medesime contrarie alla morale, ma acquistano un carattere d'immoralità, perchè divengono mercenarie e sfruttatorie.

In questo gruppo rientra anche il patto tipico espresso nella formola: *do ne maleficium facias*, con tutte le sue applicazioni.

Ma è mestieri precisare il valore e l'estensione di questo principio. Una dottrina molto rigorosa e molto scrupolosa ritiene generalmente la nullità di ogni patto o promessa di denaro a vantaggio di uno, perchè si astenga da un delitto od altra azione turpe.

Si dice, che tali promesse e pattuizioni verrebbero ad alterare la purezza dei sentimenti morali e che sarebbe indegno farne oggetto di una bassa contrattazione.

Il Larombière aggiunge: stipulare la non violazione della moralità è già una violazione presente di essa ²⁾.

Ma è questo un concetto troppo esagerato di morale, poichè può

¹⁾ LOTMAR, op. cit., S. 74.

²⁾ *Théor. des obligat.*, II, art. 1172, n. 9: « Se fosse permesso di stipulare con convenzioni private la non violazione delle regole che garentiscono i buoni costumi e l'ordine pubblico, sarebbe cercare al disopra della legge e nella forza di un contratto ciò che una potenza superiore ha già consacrato. Sarebbe alterare il potere e l'autorità della legge che deve bastare a proteggere sè stessa. Sarebbe favorire lo scandalo . . . ». Ma niente di tutto questo. Sarebbe aiutare la legge nella sua funzione di protezione della morale pubblica.

rispondersi con le parole dell'Unger¹⁾, che niente vi è di disonesto e che è anzi conforme alla debolezza umana di rafforzare con mezzi esterni la volontà vacillante.

Però l'opinione rigorosa trova un appoggio decisivo nelle fonti:

L. 7, § 3 D. *de pactis*, 2, 14.

« Si ob maleficium ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione ».

Il Savigny chiama questa una decisione *enigmatica*, perchè il contratto contiene un fine morale, ma non vi può esser dubbio sul significato esplicito di essa, quando d'altra parte concorda con altri testi altrettanto precisi.

L. 1, § 2, L. 2 D. *de cond. ob turp. caus.*, 12, 5.

« Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit repeti potest. Ut puta: dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. In qua specie Julianus scribit: si tibi dedero ne hominem occidas, condici potest ».

Io credo dunque che per il diritto romano non vi possa esser dubbio che questa opinione così avanzata di moralità sia stata accolta dal sistema giuridico.

Ma trattandosi di una materia così soggetta ad evoluzione, possiamo accogliere lo stesso principio nel diritto moderno? Io credo di no. Il Savigny, ricercando il motivo che indusse la giurisprudenza romana a ritenere la immoralità di tali contratti, dice esser stato il timore che questi avrebbero potuto portare ad indegne speculazioni. Senonchè, mentre i giuristi romani presumevano sempre queste immorali speculazioni, o per il solo pericolo di esse, ritenevano in ogni caso la nullità, io penso che nel diritto odierno questi contratti siano immorali soltanto *nei casi ed in quanto* contengano un'indegna speculazione. L'Unger, seguendo in massima questo concetto, trova che sia da riconoscersi una *verächtliche Erspresung* quando alcuno si fa promettere una somma per il tralasciamento di un'azione punibile che *egli altrimenti avrebbe commesso* o l'adempimento di un dovere che *egli altrimenti avrebbe tralasciato*: negli altri casi essere il negozio lecito.

Ma questo criterio mi pare non soltanto vago, ma anche impreciso.

Io invece ritengo che il *do ne maleficium facias* sia immorale soltanto allora che il *maleficium* si riferisca al dante od a persona

¹⁾ *System des oesterr. Privatr.*, II, S. 85.

a lui cara, quando cioè la promessa vantaggiosa o la prestazione siano quasi il riscatto per esimersi e scampare da un danno minacciato nella persona o negli averi di chi paga o si obbliga, o per sottrarre altri a tale danno. E riprendendo una formola già adoperata, dico che vi è immoralità solo quando l'omissione dell'azione sia moralmente o civilmente obbligatoria in confronto di chi paga o promette per tale omissione. Lo stesso si dica se il *maleficium* si riferisca a persona a cui il dante è interessato. In questo senso potrebbe anche tentarsi una conciliazione delle fonti, interpretando le espressioni generiche ed impersonali « ne furtum facias, ne hominem occidas », riferite all'autore della prestazione o ad altro che gli stia a cuore, in armonia di altri testi in cui questo riferimento è esplicitamente fatto. « Quoties autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse, veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias » (4, § 2 D. 12, 5). « Quod si dederit ne stuprum patiatur vir seu mulier, hoc Edictum locum habet » (8, § 1 D. 4, 2) o come nel caso della restituzione della cosa rubata, depositata, comodata (L. 2, § 1, L. 9 D. de cond. ob turp. caus., L. 6, 7 Cod. h. t.).

Adunque in generale le contrattazioni tendenti ad impedire una azione turpe o delittuosa sono lecite, ammenochè l'azione delittuosa non voglia appunto offendere colui che presta, od altra persona che interessa al prestante, nel qual caso deve intendersi sempre ch'egli ha prestato sotto l'incubo della minaccia e che la prestazione è il frutto di un'estorsione velata. In tali casi, spesse volte può concorrere l'azione rescissoria per violenza ¹⁾.

Riassumendo, l'azione relativamente immorale risulta o dalla incompatibilità della prestazione con un vincolo contrattuale o dall'avvicinamento di un *praetium* ad una *res* non suscettiva di essere apprezzata o indegna di essere prezzolata o sospetta per essere pagata.

22. A questo esteso campo d'applicazione del principio della nullità del negozio immorale è stata fatta una critica da uno dei

¹⁾ Altri adotta un'opinione intermedia. Se si tratta di promettere una somma perchè uno si astenga da un lieve trascorso: così uno promette una piccola somma al servo perchè non si ubbriachi, o una gratificazione ad un impiegato perchè sia più assiduo e più diligente all'ufficio, tali promesse non hanno nulla d'immorale. Non così quando si tratta di un'astensione da un fatto grave o di un dovere di cui la società attende un adempimento rigoroso (SAVIGNY, *System*, § 122, n. 1; DE CRESCENZIO e FERRINI, *Obbligazione (Encicl. giur. ital.*, vol. XII, p. I, pag. 269).

nostri scrittori. Il Ratto ¹⁾, a proposito delle clausole illecite nel contratto di lavoro, ha espresso il giudizio che di fronte al testo preciso della nostra legge non fosse da intendersi la immoralità in un senso così ampio, come la si intende comunemente, giacchè in allora verrebbe a sparire quella distinzione tra morale e diritto che fu conquistata con tanta fatica, e si verrebbero a dichiarare nulli dei contratti che in fatto sono leciti, sebbene per altre legislazioni più rigorose non sfuggano alla nullità.

Ed argomentando dalla dizione del nostro codice (1122) che dice *buon costume* e non *buoni costumi*, analogamente al codice penale che parla di reati contro il buon costume, giunge alla conclusione, che per il nostro diritto il contratto è immorale, solo quando è sessualmente immorale.

Vi sono poi contratti anti giuridici, cioè contrari all'ordine pubblico ed alla legge, ma del resto non sono riprovati tutti gli altri contratti che urtano con la morale civile.

Un'opinione così decisiva avrebbe avuto bisogno però di maggiore sviluppo e di una dimostrazione. Giacchè il povero argomento letterale, desunto dal testo della nostra legge, non basta, quando d'altra parte è contraddetto da tutta da una tradizione storica, religiosamente conservatasi, a cominciare dal diritto romano, che dice sempre *contra bonos mores* ed a finire al codice napoleonico che fu la culla del nostro, e che parla *di cause illecite* « *contraire aux bonnes moeurs* ». Del resto nella nostra lingua l'una frase e l'altra si equivalgono, sebbene entrambe abbiano inoltre acquistato un significato specifico che le differenzia.

Di questo modo analogamente si potrebbe indurre, che poichè il codice penale parla di reati contro l'ordine pubblico, che sono alcuni speciali, si dovesse restringere questo concetto a quelle sole violazioni dalla legge penale indicate.

Ma d'altra parte non si comprende, perchè il legislatore abbia voluto soltanto rispettare il sentimento morale della sessualità, ed abbia invece trascurato gli altri, che pure con egual forza s'impongono alla coscienza dei cittadini e la cui violazione porta egualmente allo scandalo. Non si capisce perchè debba esser negato solo alla infelice prostituta il diritto di pretendere la pattuita mercede, ed invece debba essere ammessa l'azione di colui che reclama il prezzo del pattuito silenzio o della sua cooperazione in un'a-

¹⁾ Legge, 1897, 2, 606.

zione dolosa. Inoltre così si verrebbero illogicamente a spostare tutte le obbligazioni aventi per oggetto un delitto per annoverarle fra quelle contrarie all'ordine pubblico, giacchè è ad ogni modo certo che il *do ut occidas, ut furtum facias* non darà mai luogo ad un'obbligazione efficace. Ed infine non vi sarebbe campo per le obbligazioni assunte o prestazioni fatte affine d'evitare un male od un danno minacciato al promittente o per avere restituito ciò che il promissario od accipiente era obbligato di prestare: le quali obbligazioni e prestazioni diverrebbero d'un tratto lecite.

E tutto ciò per un'ingiustificata interpretazione restrittiva della parola della legge: via, è troppo!

C. *Violazione dell'ordine pubblico*. — **23**. Che cosa è l'ordine pubblico?

È questo uno dei concetti più difficili a precisare e su cui regna nella dottrina grande incertezza. Tutti gli scrittori infatti si accordano nel riconoscere che si tratta di un concetto vago, indefinibile, oscillante, che sfugge ad una rigorosa determinazione ¹⁾. Donde

¹⁾ Cfr. DALLOZ, *Rép.*, v. « *ordre public* »: La legge non ha determinato i caratteri ai quali si riconosce che una stipulazione o una disposizione è contraria all'ordine pubblico . . . Alcuni autori hanno vanamente tentato di formulare delle regole generali. Queste regole o sono *inesatte* o *insufficienti*: in mancanza d'una formola, che è ancora a trovare, non si può procedere che per via d'enumerazione . . . DEMOLOMBE, t. I, § 16: Il legislatore *nell'impossibilità di definire l'ordine pubblico* apre su questo punto il più vasto e difficile campo all'apprezzamento dei magistrati e dei giureconsulti. LAURENT, XI, § 460: Questa espressione *si vaga* dell'ordine pubblico si applica nella sua più larga accezione all'interesse generale, e ROYER-COLLARD: « C'est un gran mot que l'ordre public, *mais ce mot est bien vague* ». GIORGI, *Obbligazioni*, III, § 374: « Quanto all'ordine pubblico, queste parole hanno una significanza *si vaga ed estesa che mai si potrebbe trovarne la definizione precisa* ».

Nel Progetto I del codice civile germanico era detto al § 106 ch'è nullo il negozio, il cui contenuto urta contro i buoni costumi o *die öffentliche Ordnung*. In seconda lettura le parole « ordine pubblico » furono tolte perchè « questo concetto mancava d'una sicura delimitazione ».

Nel diritto inglese l'espressione « public policy » o « policy of the law » ha un significato molto comprensivo.

Si considerano dalla giurisprudenza come fatti *in breach of the public policy*: 1.º i contratti tendenti a compromettere il mercato regolare d'un servizio pubblico; 2.º quelli tendenti ad impedire il corso della giustizia, così a soffocare un processo; 3.º i contratti diretti ad incoraggiare delle liti oziose e cavillose; 4.º i contratti rivolti a favorire l'immoralità; 5.º o ad ostacolare la libertà e la sicurezza dei matrimoni; 6.º finalmente, i contratti che portano attacco alla libertà del commercio e dell'industria (Cfr. LEHR, *Éléments de droit civil anglais*, p. 525).

il pericolo per la sicurezza del commercio e la libertà contrattuale, che può arbitrariamente venir limitata o sacrificata in omaggio ad un preteso principio d'ordine pubblico malamente inteso e falsamente applicato.

Noi ci proveremo di designare con precisione il valore e l'estensione di questo concetto, a tal uopo servendoci di un doppio metodo: della ricerca storica e dell'analisi esegetica.

Ed anzitutto, come e quand'è che s'introduce la prima volta questo concetto nel diritto positivo? Noi dobbiamo risalire al diritto romano. Qui appunto s'incontra la figura dell'*ius publicum*, cui non era lecito alle parti derogare. « *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* » (L. 38 D. *de pactis*). « *Privatorum conventio iuri publico non derogat* » (41, § 1 D. *de R. I.*).

Importa però vedere che cosa s'intendesse per *ius publicum* nel diritto romano e se questo concetto è identico a quello di ordine pubblico del diritto moderno.

Ius publicum nelle leggi romane è adoperato principalmente in due diversi significati: in senso tecnico esso abbraccia quel complesso di leggi che hanno per oggetto l'organizzazione del pubblico potere, cioè la costituzione politica del popolo: *quod ad statum rei publicae spectat*.

In tale senso a *ius publicum* si contrappone *Ius privatum* che è il complesso delle norme che regolano le relazioni particolari dei cittadini: « *quod ad singulorum utilitatem pertinet* » (*Inst.* 1, 1, § 4).

Ma *Ius publicum* assume anche un significato più ampio. Esso vuol dire l'insieme di quelle regole di diritto privato in cui tutto il popolo ha interesse (*publice interest*) e che non possono esser violate senza ferire l'intero corpo della società.

L'*ius publicum* è cioè quel diritto che è stabilito nell'interesse generale dei cittadini, che è stato introdotto nell'interesse pubblico e che perciò viene a limitare la libertà individuale nelle sue manifestazioni ¹⁾.

In questo senso noi troviamo molti esempi nelle fonti.

Così la legge 22, § 4 D. *de pactis*, 2, 14: « *Item ne experiar interdico Unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus* », dove è detto, che non può rinunziarsi all'interdetto pre-

¹⁾ GLÜCK, *Erläut. der Pand.*, I, § 13; REGELSBERGER, *Pandekten*, § 28; DEMOLOMBE, *Cours de dr. civ.*, I, § 17; SAREDO, *Trattato delle leggi*, § 393.

torio per la violenza, perchè quest'azione è di pubblico interesse ¹⁾. Notevole in questa stessa legge la fine, in cui Paolo a guisa di conchiusione esprime il principio generale: « Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum »; cioè non deve osservarsi il patto sopra un oggetto che non sia di privato interesse.

Finalmente questa distinzione è formulata in modo preciso da Ulpiano (L. 7, § 14, in fin. eod.): « Et in caeteris igitur omnibus ad Edictum pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet »: è lecito patteggiare circa tutti gli oggetti contemplati dall'editto del pretore, che riguardano interessi privati e non importano pubblico danno.

Questo era dunque il senso di *ius publicum* nel diritto romano.

Si noti però che l'*ius publicum* risulta sempre da leggi, cioè non è un ipotetico e vago interesse sociale che può esser preso in considerazione dal giudice per annullare una convenzione, ma è un interesse sociale già espresso legislativamente ²⁾.

Vediamo ora come questa dottrina si continua nel diritto intermedio.

La Glossa di Accursio, alla L. 38 *de pact.*, formula la distinzione tra « *ius publicum auctoritate et utilitate* », e « *ius publicum utilitate privatum* », nel qual ultimo caso non è anche lecito alle parti derogare: « in quo casu renunciari non potest ».

Bartolo ³⁾ poi, ci dà una teoria completa delle leggi d'*ius publicum* che non potevano mutarsi per convenzioni delle parti.

« Breviter pro universali doctrina huius materiae dicas.... ».

L'*ius publicum* si distingue in « *ius publicum naturale* » ed in « *ius publicum positivum* ». Il primo non può esser cangiato mai per patto, *non potest tolli pacto*, così non si può rinunciare all'*ius agnationis*.

Per il secondo, bisogna distinguere: se esso dispone una forma giudiziale o contrattuale, *non potest mutari*. Se dispone circa un effetto dell'atto, importa vedere se questo effetto *respicit principaliter*

¹⁾ Invece per le azioni d'interesse privato era lecita la rinunzia; così la convenzione contro l'*Edictum edilizio* (l. 31 eod.) o la rinunzia all'azione di denuncia di nuova opera (7, § 14 eod.), all'azione *incensarum* (7, § 15 eod.).

²⁾ L'unico fr. che potrebbe citarsi in contrario (2, § 44 D. *ad S. C. Tertull.*, 38, 17) non è decisivo, potendosi intendere per *utilitas publica*, quella riconosciuta e sanzionata dal diritto.

³⁾ *In primam D. Veteris partem, Comm. ad l. 38 de pact.*

et directo utilitatem publicam, nel qual caso non può derogarsi, o *respicit utilitatem privatam*, ed allora bisogna indagare perchè la legge così dispose, ed ammettere che possa soltanto esser derogato *quando continet simpliciter favorem eius, qui huic iuri vult renunciare.*

Finalmente (e questo per noi è interessante) « *quandoque pactum prohibetur seu per legem aliquid statuitur ex causa publicae utilitatis, licet respiciat principaliter utilitatem privatam, tunc etiam hoc pacto mutari non potest* ».

Dunque, secondo la teoria di Bartolo, la volontà dei contraenti non può derogare a qualunque proibizione o statuizione della legge anche riguardante privati interessi, ma sanzionata *ex causa publicae utilitatis*.

L'Alciato ¹⁾, studiando le varie cause per cui una convenzione è nulla, dopo aver ricordato i *pacta contra bonos mores*, viene a parlare dei *pacta adversus ius publicum*. L'*ius publicum*, egli dice, s'intende in quattro modi: « *quatuor modis accipitur* :

a) « *quandoque pro coniunctione sanguinis (ius agnationis)*;

b) « *quandoque pro jure quod ad fisci vel reipublicae utilitatem pertinet*;

c) « *quandoque pro eo jure quod principaliter favorem publicum respicit*;

d) « *quandoque pro eo jure, cui specialis forma vel solemnitas traditur.*

« *...omnibus his casibus ius publicum dicitur, adversus quod celebrati contractus nullius sunt roboris* ».

Come si vede da queste distinzioni, l'Alciato non approfondisce il concetto dell'*ius publicum*, ma fa un'analisi dei vari significati, in cui questo concetto si applica comunemente.

Un punto fondamentale però è questo, che in tutti i casi si ha sempre un *ius*, cioè una legge costituita la quale riguarda principalmente l'interesse generale.

Non importa che vi siano regolati anche degli interessi privati, purchè vi sia di mezzo un interesse pubblico; questo prevale ed infonde alla disposizione un carattere di inderogabilità di fronte alla volontà privata. Può esservi infatti un « *ius favore privato introductum, quod in publicam utilitatem vergit* », e viene così a formar parte del diritto pubblico: « *eum lex id quod*

¹⁾ In *Cod. Comment. de pactis*, col. 331 e seg.

ad privatam utilitatem principalius respicit, ad ius publicum vult pertinere ».

Altrove ¹⁾ lo stesso autore, parlando della rinunzia, dice che questa non è possibile quando si riferisce all'*ius publicum*, e distingue: « sive *naturale*, cum quis iuri sanguinis renunciat, aut pater filium alienat abdicatque; sive *civile* sit, ut quia formam aliquam vel solemnitatem vel aliud quod privatae facultatis non sit ».

E conchiude: « Quoties *solo privato favore* lex aliquid pro forma inducit, posse ei rinunciare verius est ».

Jac. Cujacius ²⁾ insiste sul concetto di *ius publicum* come quello che *publicam causam contingit, quod publice interest*, e che consiste in *leges atque mores*, come l'*ius et libertatem testamentorum*, l'*ius ab intestato*, l'*ius prohibita donationis inter virum et uxorem*, etc.

« Haec privatorum conventionibus immutari vel tolli non possunt ».

Brunemann ³⁾ scolpisce pure il concetto di *ius publicum*, che è quel diritto emanato nell'interesse generale, così: « non potest renunciari privilegio, *ob publicam utilitatem* introductum, non valet pactum ut non currat praescriptio, cum praescriptio *ob favorem publicum* est introducta, sic non potest contraferi, si ius certam solemnitatem praescribat ».

Per non dilungarci ancora in queste citazioni, possiamo con sicurezza affermare che la dottrina medioevale su questo tema sia una continuazione della teoria romana, nell'ammettere cioè che la volontà dei privati trovi soltanto ostacolo nelle leggi d'interesse generale, ma che l'interesse generale per sè solo non ha valore, se non è sanzionato ed affermato dal comando o dal divieto legislativo.

Questa genesi storica trova ancora il suo svolgimento nel diritto francese anteriore alla codificazione.

Il Domat ⁴⁾, parlando dell'oggetto delle obbligazioni in generale, ricorda soltanto due limitazioni imposte alla volontà privata, cioè le leggi ed i buoni costumi, tace invece completamente dell'ordine pubblico, che va compreso e confuso nel senso di legge.

« On peut en toutes sortes de conventions, de contrats, et de traités aider toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, ré-

1) Op. cit., c. 436.

2) *Comm. ad tit. de pact.*, vol. I, c. 945 e vol. V, c. 78.

3) *Comm. in Pand. ad l. 38 de pactis*.

4) *Lois civiles*, liv. I, t. I, sez. IV, n. 1 e 4, sez. V, n. 6, 11, 20, 21.

serve, quittances générales, et autres, *pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs* ».

Ed altrove: « En toutes conventions, chacun peut renoncer à son droit, *pourvu que ce soit sans blesser l'équité, les lois et les bonnes moeurs* ».

E parlando delle convenzioni *illicites et mal-honnêtes* ¹⁾, egli così si esprime: « Le convenzioni illecite sono quelle che feriscono le leggi e come vi sono due sorta di leggi, quelle del diritto naturale e quelle del diritto positivo, così vi sono due sorta di convenzioni illecite, cioè quelle che feriscono il diritto codificato e quelle che sono contrarie ai buoni costumi ».

Il Pothier ²⁾, parlando della causa delle convenzioni, insegna che quando la causa per cui è contratta l'obbligazione offende la giustizia, la buona fede ed i buoni costumi, l'obbligazione è nulla, come è nullo l'intero contratto; ed altrove: « Non può essere oggetto di un'obbligazione un fatto che è contrario alle leggi ed ai buoni costumi ».

Nulla dunque che accenni all'ordine pubblico, come un concetto a sè, distinto da quello di leggi.

Ed allora, com'è che spunta questo principio dell'ordine pubblico nel codice napoleonico e che senso dal legislatore francese si volle ad esso attribuire?

A tal uopo è interessantissima la ricerca di seguire passo per passo i lavori preparatori di questo codice, e le discussioni cui dava luogo e i discorsi a favore o contrari, in ordine all'argomento che forma oggetto del nostro studio ³⁾.

Il testo dell'art. 6 delle disposizioni preliminari del codice napoleonico era concepito in questi termini:

La contravvenzione alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi non potrà formare oggetto di convenzioni e di eccezioni. Nella discussione al Consiglio di Stato, Boulay propose la seguente compilazione: « Le leggi che interessano l'ordine pubblico ed il buon costume non possono esser derogate da particolari convenzioni ». La modificazione di Boulay fu ammessa.

Nella prima esposizione dei motivi fatta da Portalis il 24 novembre 1801, egli così parla di questo articolo:

¹⁾ Op. cit., liv. I, t. XVIII, sez. IV.

²⁾ *Traité des obligations*, Vol. I, § 43, 137.

³⁾ Per risparmiarmi continue citazioni, dichiaro fin d'ora che la ricerca che segue è stata in gran parte attinta alla pregevole opera del LOCRÉ, *Législation civile*, vol. I.

« Infine, noi abbiamo dovuto consacrare la massima che i cittadini non possono con particolari convenzioni derogare *le leggi* che interessano l'ordine pubblico ed il buon costume: questo principio è lo scudo della morale e della legislazione ».

Rinviatosi il progetto al tribunato, fu qui però malamente accolto ed il sig. Andrieux nella tornata 3 dicembre 1801 lo criticò severamente conchiudendo per il rigetto.

Sull'art. 8 (corrispondente all'art. 6) così egli ebbe a dire:

« È anche questo un assioma di diritto, più che un articolo di legge.

« Questo assioma sembra tradotto dal latino: « *Privatorum pactio iuri publico non derogat* » (L. 45, *de R. I.*). « *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* » (L. 38, *de pact.*); ma ci sembra che siasi mutato nella traduzione. In effetto, le parole *ius publicum* messe in contrapposto di *privatorum pactio* significano evidentemente non già il *diritto pubblico*, ma il *diritto pubblicamente stabilito publice statutum* o *ius commune*, in una parola *le leggi*.

« Ciò significa solamente che i francesi non possono fare convenzioni particolari contrarie al diritto generale. Anche Domat, nella sua opera sulle leggi civili, ci dà di queste due regole la traduzione esatta e semplice in questi termini: *Le disposizioni dei privati non possono impedire quelle delle leggi*.

« L'art. 8, come trovasi compilato, manca di precisione e di chiarezza.... ».

Lo stesso Andrieux, incaricato come oratore del tribunato a sostenere il rigetto del disegno di legge nella sessione del corpo legislativo, in un altro discorso 14 dicembre 1801, insistè trattarsi nell'art. 8 di una regola generale che appartiene alla scienza non alla legislazione.

Contro queste censure rispose Portalis, oratore del governo, in quella stessa seduta, dicendo che non doveva abbandonarsi tutto al campo della scienza, che è fluttuante ed incerta, ma la legislazione doveva scegliere quei principii che potessero interessare più direttamente la società, ed elevarle a regole di diritto obbligatorie. La scienza abbandonata alle dispute non presenta che un mare senza sponde: le regole stabilite dalla legislazione fan sì che le sponde non manchino al mare.

Venendo particolarmente all'art. 8, dice ¹⁾:

1) Richiamo l'attenzione su questo discorso di PORTALIS, da cui sorge invincibilmente che la frase ordine pubblico nel concetto del legislatore francese equivale a quella d'*ius publicum* del diritto romano e che entrambi risultano soltanto da leggi.

Qui ci accusano di aver mal tradotto il testo del diritto romano. Si pretende che l'*ius publicum* non è quello che noi chiamiamo diritto pubblico od ordine pubblico. L'*ius publicum*, dicono essi, era quello che si stabiliva pubblicamente, *publice statutum*. Ma ciò per noi è indifferente. A noi non importa sapere che nello stile delle leggi romane le parole *ius publicum* significano qualche volta le leggi scritte e solennemente pubblicate, in opposizione ai semplici usi, alle semplici consuetudini, che non si stabiliscono colla stessa necessità.

Ma si tratta invece di sapere se le parole *ius publicum*, le quali sono adoperate più comunemente per esprimere ciò che noi intendiamo per diritto pubblico, ricevano questo significato nel testo che prescrive non potersi derogare al diritto pubblico con particolari convenzioni: « *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* ». Ora, ecco com'è concepito il sommario della legge 31.^a del Digesto, *de pactis*: « *Contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pacisci licet* ». È permesso di contrattare contro il tenore di una legge, la quale non riguarda che l'utilità privata degli uomini.

Perciò il diritto pubblico è quello che interessa più direttamente la società che i particolari, ed il diritto privato è quello che interessa più direttamente i particolari che la società. Si annullano le convenzioni contrarie alle leggi che interessano il diritto pubblico, ma non si annullano quelle contrarie alle leggi che interessano il diritto privato o gli interessi particolari.

Ecco la massima di tutti i tempi. È questa appunto la massima da cui deriva la distinzione tanto conosciuta delle nullità assolute che non possono essere mai sanate e delle nullità relative, le quali possono esser rigettate per motivo d'inammissibilità.

In un'altra tornata (13 dicembre 1801) Boulay, altro oratore del governo, rimproverando i membri del tribunato, di aver mosso delle obbiezioni soltanto per una grande confusione di idee, dice:

« E finalmente, nell'applicazione dell'articolo che vieta potersi derogare con particolari convenzioni alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi, si son confuse le leggi che più particolarmente si riferiscono all'utile privato dei cittadini, ed ai vantaggi, ai quali ognuno ha la libertà di rinunziare, con quelle che riguardano l'utile generale ed il benessere dell'intera unione sociale ».

Il corpo legislativo, spinto da motivi politici, rigettò il progetto.

Allora Bonaparte, convinto che nelle discussioni non si aveva

una vera calma ed uniformità d'intenzioni, ma si procedeva per spirito di partito, con un celebre messaggio sospese i lavori.

Dopo otto mesi d'inerzia, cioè il 22 fruttidoro anno X (9 settembre 1802), i lavori furono ripresi, ricominciandosi la discussione in Consiglio di Stato.

L'art. 8, divenuto poi art. 6, proposto un'altra volta, fu adottato, e Portalis ne fece la seconda relazione al corpo legislativo, il 23 febbraio 1803.

« L'ultimo articolo del progetto porta che non si può con particolari convenzioni derogare alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi. I governi e *le leggi* esistono a solo fine di conservare l'ordine pubblico.

« La conservazione dell'ordine pubblico in una società è la legge suprema: proteggendo convenzioni contrarie a questa legge si conculcherebbero le volontà generali e lo Stato sarebbe distrutto ».

Nella tornata del 5 marzo 1803 il sig. Faure, presentando il voto d'ammissione del tribunato, disse: « *L'art. 6 contiene una massima conforme a quella che i Romani avevano adottata.* Se una convenzione particolare offenda l'ordine pubblico, essa è riprovata dalla legge. Così, per esempio, due coniugi non potrebbero pattuire lo scioglimento del matrimonio per volontà di uno di loro, e senza la precedente osservanza delle condizioni prescritte dalla legge. Ma un debitore ed un creditore potrebbero stabilire fra loro un patto particolare mediante il quale l'uno promettesse di non dedurre contro l'altro l'eccezione di una prescrizione legale acquistata in suo favore. In tal caso si tratterebbe infatti di un interesse privato, suscettibile di modificazione a volontà delle parti.... ».

Nello stesso giorno il corpo legislativo pronunziava il decreto di ammissione del progetto, e la disposizione era approvata. —

L'impressione viva e colgente che ciascuno riceve dalla storia di questo segreto periodo di gestazione di tale articolo di legge mi dispensa da ogni ulteriore commento.

Voglio soltanto condensare e raccogliere due idee che emergono luminosamente da tutte queste vicende dei lavori preparatori, cioè:

1.º La disposizione che vieta le convenzioni contrarie all'ordine pubblico è una riproduzione del principio romano: « *ius publicum privatorum pactis non potest infringi* ».

2.º Il diritto pubblico od ordine pubblico risulta da *leggi* e più specialmente da quelle leggi che interessano la generalità dei cittadini.

24. Qui la prima parte del mio compito, l'indagine storica, sarebbe finita e dovrei andar oltre, senonchè debbo coscienziosamente ricordare due monografie rare, che sono i soli lavori, ch'io mi sappia, che abbiano trattato specialmente questo argomento. Questi lavori possono considerarsi come materiali storici della quistione. Essi sono :

I. *Notions générales sur le sens et l'effet del l'art. 6 du cod. Nap. par M. Mauguin* pubblicato nel *Journal du Barreau* 1809, pagina 167 ed inserito in parte in *Sirey* IX, 345.

II. *Definition de l'ordre public en matière civile par Aglave (Revue pratique, XXV, 1868).*

Procurerò di riassumere le idee fondamentali di questi due scritti.

Dissertazione del Mauguin.

La legislazione civile, dice Mauguin, si compone di due specie di leggi: quelle destinate a regolare gli interessi dei particolari, e quelle che sono proibitive, ed a cui non può esser derogato, poichè tengono alla conservazione dell'ordine pubblico.

Questa distinzione conosciuta in tutti i tempi è stata anche consacrata dal codice napoleonico, all'art. 6: Non si può derogare con private convenzioni alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi.

Ma che cosa è l'ordine pubblico? La espressione complessa non presenta che un senso vago; per comprenderla non vi è che un mezzo: bisogna scomporla.

La parola *ordine* significa ordinamento, assegnamento, disposizione di ogni cosa a suo posto.

La parola *pubblico* significa sociale, della società.

Dunque ordine pubblico significa *regolamento della società*, disposizione delle persone, delle corporazioni, delle autorità pubbliche nella società.

Ora chi è che ha regolato la società? La legge.

Chi è che ha fissato il grado delle persone, delle corporazioni, delle autorità pubbliche? La legge.

Chi è che conserva, che protegge questo grado? Sempre la legge.

L'ordine pubblico dunque è un effetto, una conseguenza, una produzione della legge; perciò bisogna tradurre la frase: *leggi che interessano l'ordine pubblico*, con l'altra: *leggi che producono l'ordine pubblico*.

Ma quali sono le leggi che producono l'ordine pubblico?

Le leggi sono di due specie: le une reggono gli individui, astra-

zion fatta dalle cose (leggi sul matrimonio, sulla tutela, sulla capacità od incapacità, ecc.), le altre reggono gli individui relativamente alle cose (leggi sulla proprietà, sulle successioni, sulla vendita, ecc.).

Ora l'ordine pubblico risulta dalle prime, le altre non vi hanno che un rapporto indiretto.

L'ordine non si può intendere che dei *gradi* (*rangs*) degli *stati*, di cui i particolari godono nella società, gli uni gli altri, astrazione fatta dai loro beni.

Abbiamo detto che l'ordine pubblico consiste nel regolamento della società (*arrangement de la société*).

Ma l'ordinamento sociale è *politico* o *civile*.

L'ordinamento politico è quello che risulta dai gradi politici, cioè:

- a) dalle autorità costituzionali ;
- b) dalle autorità giudiziarie ed amministrative ;
- c) dalle corporazioni legalmente riconosciute ;
- d) dagli individui che godono o son privati dei diritti politici.

Ora tutte le leggi che creano questi gradi, che determinano i diritti e le obbligazioni che ne dipendono, le condizioni per il loro acquisto e la loro perdita, sono leggi d'ordine pubblico.

L'ordinamento civile è quello che risulta dai gradi che gli individui hanno fra di loro, indipendentemente dalle cose.

Questi gradi si possono classificare in quattro principali :

- 1.º grado di godimento o di privazione dei diritti civili ; posizione dello straniero ;
- 2.º grado di celibatario, di sposo, di vedovo o divorziato.
- 3.º grado di padre o figlio, legittimo, illegittimo o adottivo ;
- 4.º grado degli individui capaci, od incapaci in modo assoluto o relativo.

Tutte le leggi che creano questi gradi, che determinano i diritti e le obbligazioni che ne dipendono, che fissano le cause che li fanno acquistare o perdere, sono leggi a cui non è permesso di derogare.

Si vede facilmente che i gradi che noi abbiamo enumerati formano ciò che si dice *stato delle persone*.

Bisogna però riconoscere che vi sono altre leggi, in cui ogni deroga non è possibile e le cui disposizioni non si possono infrangere ; ma in tal caso la proibizione è espressa, cosicchè ogni difficoltà vien meno ¹⁾.

¹⁾ Questa splendida dissertazione ha un difetto : è unilaterale.

Essa coglie soltanto un lato del concetto d'ordine pubblico : cioè il regola-

Tralasciamo di riportare la parte meno buona del lavoro del Mauguin, in cui egli, sedotto dall'idea che l'uomo abbia diritto inderogabile alla posizione di celibatario o di sposo, applicando i concetti su esposti, riprova ogni condizione di non maritarsi o di maritarsi o di sposare una persona determinata, come quella che aggiunge una incapacità arbitraria alle incapacità legali, costringendo l'individuo a rinunciare ad un diritto inalienabile, e derogare ad una legge d'ordine pubblico. Al più, in questi casi si tratterebbe di un urto ai buoni costumi, non d'una violazione della capacità della persona.

25. *Dissertazione dell'Aglave.* — Con uno stile brillante e pieno di *verve* questo scrittore comincia dal fare una rassegna critica della dottrina, dicendo che invano si cercherebbe nelle grandi opere di diritto una definizione dell'ordine pubblico.

Gli scrittori si scaricano volentieri di questo fardello, contentandosi di qualche esempio o di qualche considerazione d'indole generale espressa in una forma esitante. Del resto quasi tutti, giungono più o meno direttamente a questa conclusione: l'ordine pubblico è indefinibile.

Bisogna necessariamente curvare la testa sotto questa condanna? Che cosa è una dottrina che rinunzia a definire l'ordine pubblico? Che cosa è questa confessione d'impotenza, questa strana abdicazione che dovrebbe pesare sulla coscienza del giureconsulto, come pesa certamente sulla sua dignità?

L'Aglave viene quindi alla seconda parte del suo studio: al tentativo di una formola dell'ordine pubblico.

L'ordine pubblico è l'organizzazione della società, e le leggi che lo interessano sono quelle che regolano più o meno direttamente questa organizzazione.

Ma l'ordine pubblico non ha una esistenza logica indipendente, esso non preesiste al legislatore, ma emana da esso e non esiste che per esso. La legge infatti è padrona d'organizzare la società, come più le piace, e come l'ordine pubblico è strettamente legato a

mento della società in ordine allo stato e capacità giuridica delle persone ed in ordine alle attribuzioni che hanno le varie autorità politiche ed amministrative. Questo stesso concetto è riprodotto dal LAURENT che ne fa una trattazione slegata (XVI, 149, XI, 446) e dal LAROMBIÈRE, che lo svolge bellamente, sebbene non si degni di citare la fonte (*Obbligat.*, 1133, n. 13 e seg.).

Il concetto d'ordine pubblico invece è più esteso, perchè abbraccia tutte le disposizioni ordinarie della legge, in tutto ciò che interessa la società, ed a cui non è lecito derogare (leggi sulle imposte, sulla sanità pubblica, sulla beneficenza, sull'ordine dei giudizi, ecc.).

questa organizzazione, di cui non è che una delle facce, si può dire che la volontà sola della legge le dà nascita. In realtà l'ordine pubblico non è che un *modo*, una *maniera di essere*, che possiedono certe cose, un *punto di vista* particolare, sotto il quale il legislatore considera talune delle sue disposizioni. Soltanto il diritto pubblico è quello che interessa l'ordine pubblico.

Il diritto pubblico si può distinguere dal privato da un carattere essenziale: la valutazione pecuniaria. Tutti i diritti che appartengono ai cittadini, che figurano nel loro patrimonio e di cui essi possono disporre sono suscettibili d'un equivalente pecuniario. Tutto ciò che fa parte del diritto privato può essere valutato in denaro.

Viceversa, non può dirsi che tutto ciò che rientra nell'ordine pubblico non sia una cosa apprezzabile pecuniariamente. Così le leggi sul registro, sulle dogane, sulle lotterie si occupano d'interessi puramente pecuniari. Però, è assai probabile che quando certi diritti comportano una stima pecuniaria essi non interessano l'ordine pubblico. Questa determinazione negativa quindi potrà servire come di una definizione provvisoria ed approssimativa dell'ordine pubblico.

Per trovare un'altra definizione bisogna risalire all'origine della distinzione fra diritto pubblico e privato, la quale riposa interamente sulla volontà della legge.

Tutto è in balia dei capricci del legislatore.

L'ordine pubblico comprende tutte quelle cose che alla legge è piaciuto attaccarvi.

Resta a sapere quali sono queste cose.

Il diritto privato conferisce dei vantaggi ai particolari, che formano il loro patrimonio, e di cui possono disporre. Il diritto pubblico invece è stato introdotto nell'interesse della società: è patrimonio sociale — i privati non ne profittano che indirettamente, casualmente, ma non ne possono disporre, perchè non si può alienare ciò che non si possiede.

Le leggi interessanti l'ordine pubblico sono dunque quelle a cui i particolari non possono rinunciare: ordine pubblico è dunque il diritto cui non si può derogare.

Riassumendo: l'ordine pubblico si connette essenzialmente alla costituzione della società ed abbraccia tutto ciò che è stato dettato nel suo interesse. Il carattere ordinario dell'ordine pubblico è di non poter essere stimato in denaro, di fronte al diritto privato che ammette questa valutazione.

Il segno vero dell'ordine pubblico deve cercarsi nella volontà

del legislatore, che implica necessariamente divieto di modificare un certo stato di cose stabilito per salvaguardare gli interessi sociali ¹⁾.

§ 26. Veniamo ora all'analisi esegetica.

Bisogna coordinare il principio dell'art. 12 Disposizioni Preliminari con quello dell'art. 1122 cod. civ. ed interpretarli l'uno con l'altro. Per l'art. 12 le convenzioni private non possono derogare alle leggi proibitive del regno, nè *alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico* ed il buon costume. Per l'art. 1122 invece la causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume, all'*ordine pubblico*.

Confrontando questi due articoli si nota una diversa compilazione: mentre il primo dichiara la convenzione nulla, quando è contraria ad *una legge d'ordine pubblico*, il secondo, quando è contraria all'*ordine pubblico*, senz'altro.

Questo secondo articolo così appare più esteso e comprensivo del primo, perchè fa supporre, che *indipendentemente da una legge*, possa esservi illiceità.

A conciliare l'apparente antinomia dei due testi giova risalire allo scopo che ha animato il legislatore nel dettare queste norme. Ora questo scopo in entrambi i casi si mostra assolutamente identico, cioè è stato la protezione dell'ordine pubblico, donde può inferirsi che anche il valore delle due disposizioni debba essere il medesimo, sebbene si riscontri una varietà di dizione nel modo come è stato espresso il pensiero legislativo. L'aver nel secondo caso detto semplicemente ordine pubblico, non vuol dire che abbia con ciò voluto escludere che l'ordine pubblico risulta da leggi. Sarebbe stata un'aperta contraddizione. Del resto è inconcepibile che una disposizione speciale e particolare in materia di contratti, anzi una applicazione singola del principio generale, possa essere più estesa

¹⁾ Questa monografia cominciata con sì lusinghiere promesse lascia in fine un senso di delusione.

Tranne l'idea originale dell'invalutabilità pecuniaria del diritto pubblico, il resto non mi pare degno d'importanza. Infatti, ritenere l'ordine pubblico come un punto di vista astratto dal quale il legislatore considera le sue norme, è un'inesattezza, perchè l'ordine pubblico è invece la reale emanazione dalle norme legislative. Concludere poi, che l'ordine pubblico è tutto ciò cui non si può derogare, è avvolgersi in un circolo vizioso, perchè l'inderogabilità è un effetto dell'ordine pubblico, non una caratteristica di esso.

Quindi, mi sembra, con questo studio che la soluzione del problema non cammina d'un passo.

del principio stesso, anzi venga a rovesciare quello; perchè mentre con l'uno l'arbitrio dei giudici è refrenato e trova in esso una norma invariabile, volendo intendere ordine pubblico fuori del campo della legge, si va incontro ad un pelago sconosciuto e senza confini.

D'altra parte è da osservare che i concetti di legge ed ordine pubblico stanno fra loro nella stessa relazione di causa ad effetto, perchè l'ordine pubblico è il risultato dell'ordinamento giuridico, e quindi quando nell'art. 12 disposizioni preliminari si dice leggi che riguardano l'ordine pubblico, si deve intendere leggi da cui scaturisce l'ordine pubblico; cioè tutte quelle leggi che, dettate nell'interesse della società, danno a questa un definitivo ed immutabile assettamento.

In questo senso la dizione dell'art. 12 si mostra come una dizione esplicativa che poi assume la sua forma concisa nell'art. 1122.

Quando il Laurent dice, che per l'art. 1133 cod. Nap. (1122) la causa è illecita, non solo quando è inibita dalla legge, ma anche quando è contraria all'ordine pubblico, cioè anche quando *non vi è una legge proibitiva*, egli dice una cosa esatta e che nessuno vorrà mettere in dubbio. Ma ciò d'altro canto non legittima l'opinione che l'ordine pubblico è sinonimo d'interesse pubblico e che si debba permettere ai giudici di annullare i contratti che offendono l'interesse generale ¹⁾.

No. Perchè se l'ordine pubblico esiste indipendentemente *da una legge proibitiva*, niente però esclude che l'ordine pubblico alla sua volta risulti dal complesso delle leggi *imperative*, che imponendosi nell'interesse sociale a tutti gli individui, vietano ad essi di derogarvi.

L'ordine pubblico nella sua più ampia accezione è il risultato dell'*ius cogens*, cioè di tutto quel complesso indistinto di divieti o comandi con cui è regolata l'organizzazione e la funzione della società, ed a cui non si può derogare senza compromettere l'esistenza del corpo sociale o ferirne i più alti interessi ²⁾.

Senonchè, quella parte che si riferisce alle leggi proibitive, dà luogo più propriamente al negozio *contra legem*: l'altra massa invece di disposizioni coattive, egualmente inderogabili, dà luogo al negozio contro l'ordine pubblico (in senso specifico) come trovasi espresso all'art. 1122 cod. civ.

¹⁾ LAURENT, *Principes*, vol. XVI, n. 140.

²⁾ Cfr. il già ricordato discorso di PORTALIS: I governi e le leggi esistono a sol fine di conservare l'ordine pubblico.

Da qui debbono indursi due conseguenze :

Che anche le leggi proibitive *perfectae* sono leggi d'ordine pubblico.

Che quando il legislatore usa soltanto l'espressione ordine pubblico, non unita ad altre parole, intende tanto i comandi quanto i divieti d'interesse generale.

E valga il vero.

Nell'art. 616 cod. civ. noi troviamo usata la stessa frase: « I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a beneficio di essi qualunque servitù, purchè sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo *contraria all'ordine pubblico* ».

Quest'articolo si deve porre a raffronto con l'art. 436 che serve a lumeggiarlo: « La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia *un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti* ».

Ora io credo, che le limitazioni nel caso della costituzione di servitù e quelle nell'esercizio del diritto di proprietà siano identiche, e che quando la legge dice che non si possono stabilire servitù prediali contrarie all'ordine pubblico, intenda contrarie alle leggi ed ai regolamenti, civili o amministrative, generali o locali, ordinarie o proibitive; ma sempre *alle leggi*, ma non si debba intendere contrarie ad un vago ed inapprezzabile interesse sociale.

L'interesse sociale, perchè influisca sui rapporti privati, bisogna che sia stato accolto e sanzionato dalla legge, ma finchè rimane allo stato di pura aspirazione, contrastato e contrastabile, soggetto alle oscillanze e titubanze delle opinioni, esso è effimero e non vale a scuotere la fermezza delle relazioni contrattuali.

Un argomento a contrario può trarsi dagli art. 849, 1065, 1160, dove, sviluppandosi la teoria delle condizioni illecite, si parla soltanto di condizioni contrarie *alle leggi e al buon costume*, mentre è evidente che anche una condizione contraria all'ordine pubblico deve parificarsi alle precedenti. Ed allora come spiegare questo silenzio, se non intendendo nel concetto di legge, virtualmente fuso, il concetto d'ordine pubblico?

L'art. 941 n. 4 proc. civ. suona:

La forza esecutiva delle sentenze delle autorità straniere è data dalla Corte d'appello nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, premesso un giudizio di delibazione in cui la Corte esamina:

4) se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'*ordine pubblico ed al diritto pubblico interno*.

Avverto subito che in questa disposizione la frase ordine pubblico ha un senso speciale più ristretto ¹⁾, di quello che noi intendiamo comunemente, perchè di fronte allo straniero, cui il nostro legislatore è stato largo d'un trattamento liberale, non sono vincolanti che soltanto quelle norme che attengono veramente all'organismo, alla vita stessa politico-giuridica dello Stato, e la cui violazione importerebbe un'effettiva lesione all'*esistenza* della società.

Ma ho voluto ricordare questa disposizione, soltanto per notare come se fra gli scrittori di diritto internazionale privato si discute quali *leggi* possono considerarsi d'ordine pubblico per gli stranieri, non si dubita affatto che perchè vi sia una violazione dell'ordine pubblico in una sentenza od in un contratto straniero, bisogna proprio che vi sia l'offesa ad una legge proibitiva od imperativa del nostro Stato. Si accetta pacificamente fra gli internazionalisti che non si possa derogare alle leggi sulla manomorta, e sulle corporazioni religiose, sulle sostituzioni fedecommissarie, sull'abolizione dell'arresto personale, ecc., mentre si dibatte vivacemente se sia ammissibile presso i nostri tribunali la domanda di divorzio di due stranieri di fronte al disposto dell'art. 148 cod. civ.: ma non è luogo a discussioni, e nessuno mai ha mosso l'idea avanzata, che il magistrato nel giudizio di delibazione debba valutare gli astratti interessi sociali, che possono eventualmente esser feriti pel giudicato o contratto straniero ²⁾.

§ 27. Terminato il doppio esame che ci siamo proposti, non ci resta che tirare i corollari.

Se l'ordine pubblico — storicamente — deve identificarsi col concetto romano dell'*ius publicum*, se — analiticamente — dai testi del nostro diritto positivo resta altresì confermato questo concetto, che l'ordine pubblico risulta dalle leggi d'interesse generale, cioè dal diritto coattivo nel suo complesso, possiamo affermare il principio, fecondo in conseguenze e salutare per la sicurezza del commercio, che l'interesse della società, astratto, non poggiato su un testo positivo di diritto, è senza influenza sulla validità delle convenzioni.

¹⁾ Su questo significato particolare di ordine pubblico, vedi uno studio recente del PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1890 ed una nota critica del GABBA, nel *Foro Ital.*, 1900, I, 501.

²⁾ Cfr. D'AGUANO, *Sul conflitto delle leggi in materia civile*; FIORE, *Effetti delle sentenze civili dei tribunali stranieri*; DE ROSSI, *Sull'esecuzione delle sentenze e degli atti delle autorità straniere*; FUSINATO, *L'esecuzione delle sentenze straniere*; GIANZANA, *Lo straniero nel diritto civile italiano*.

Perchè vi sia violazione dell'ordine pubblico (in senso specifico) occorre una legge *imperativa*, una legge che l'ordinamento giuridico ha sanzionata per far valere gli interessi della generalità di fronte agli interessi singoli, e proteggere i fondamenti morali ed economici della vita comune ¹⁾. Questa legge imperativa è normale e predominante nel terreno del diritto pubblico, dove si tratta dell'ordinamento politico della società, sia nel suo organismo che nei suoi membri e nelle funzioni che sono loro assegnate, ma anche nel terreno del diritto privato speciali considerazioni morali ed economiche o politiche influiscono a far sanzionare in modo coattivo certe norme, la cui applicazione non può essere impedita per volontà privata: così la capacità giuridica e la capacità d'agire degli individui, lo stato delle persone, la forma di certi atti, le condizioni d'acquisto o perdita dei diritti, ecc.

L'offesa a questa imperiosa volontà della legge è un'offesa all'ordine pubblico.

Io conchiudo, con un esempio di giurisprudenza ²⁾.

Otto fabbricanti di maioliche avevano formato una società in partecipazione, con le seguenti clausole: che ciascuno avrebbe fatto portare in un magazzino comune le maioliche fabbricate nella sua manifattura, e sarebbe stato accreditato della quantità e natura delle maioliche depositate. Che queste maioliche sarebbero state vendute per conto della società ad un ugual prezzo da determinarsi da una commissione scelta fra i produttori consociati. Che ognuno rinunciava al diritto di far delle vendite private per proprio conto.

Sorte difficoltà nell'esecuzione del contratto, fu domandato in giudizio la nullità di esso. E infatti la Corte di Bourges l'11 agosto 1826 dichiarava il contratto nullo, considerando che trattavasi d'obbligazioni illecite, stantechè i fabbricanti col determinare un prezzo fisso di vendita nuocevano all'ordine pubblico, che esige per il commercio la più ampia libertà.

Ricorso in Cassazione, perchè la Corte aveva annullato una società in partecipazione permessa dalla legge. I ricorrenti sostenevano che sarebbe stato un arbitrio spaventevole di ammettere che fosse dato ai giudici di annullare una convenzione non proibita dal diritto positivo. La nostra legge è abbastanza irta di proibizioni, perchè si debba supporre che alcun fatto contrario all'ordine pub-

¹⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, I, § 32.

²⁾ DALLOZ, *Rép. « Obligation »*, n. 613.

blico le sia sfuggito. L'art. 1133 (1122) non ha inteso dire per convenzioni contrarie all'ordine pubblico che quelle contrarie alle leggi.

Queste ragioni furono valorosamente appoggiate dall'avv. gen. Joubert in un memorabile discorso, in cui conchiuse per l'annullamento della sentenza.

« S'invoca l'ordine pubblico.... Ma ciò che è l'ordine pubblico non può cangiare secondo le passioni di coloro che devono applicare la legge. Ciascuno non può mettere l'ordine pubblico dove gli piace, e definirlo secondo i suoi interessi e prevenzioni: l'ordine pubblico consiste nella stretta osservanza delle leggi, nel rispetto di tutte le proprietà, nella più grande latitudine possibile lasciata a ciascuno di svolgere la propria attività, purchè non si svolga in modo proibito dalle leggi o dai regolamenti.... ».

La Corte, trattandosi di un giudizio di merito, rigettò il ricorso.

§ 28. Così, possiamo venire ad una distinzione preziosa, fra l'ordine pubblico e l'interesse pubblico. Tutto ciò che è relativo all'ordine pubblico è d'interesse pubblico, ma non viceversa. L'ordine pubblico è quell'interesse pubblico, che, come essenziale alla vita, alla incolumità e prosperità del corpo sociale, è stato ufficialmente riconosciuto e sanzionato dal diritto positivo.

La legge, interprete dei bisogni di tutti i consociati, valutando gli interessi generali del commercio, equilibrando le opposte tendenze dell'egoismo individuale, impone i suoi *comandi*. Questi comandi regolano invariabilmente l'esistenza, il funzionamento, lo svolgimento della società, e ne nasce l'ordine pubblico, cioè l'ordinamento legale della vita dello Stato, nel suo insieme e nei singoli membri.

I cittadini devono obbedire. L'arbitrio individuale deve piegarsi di fronte a queste norme imperative del diritto, poichè se fosse dato ai contraenti di calpestarle, la società crollerebbe dalle sue basi, restando ovunque dissoluzione ed anarchia. Ma un interesse pubblico, abbandonato alle discussioni della politica ed alle astrazioni teoriche, variabile secondo le circostanze di tempo e luogo, non tutelato dalla legge, se può col progresso dei tempi preparare la via alla nuova legislazione, *iure condito*, è indifferente nell'intreccio dei rapporti contrattuali.

§ 29. Un'elegante questione è stata sollevata recentemente dal PORRO, cioè se nel nostro diritto possano riconoscersi consuetudini

d'ordine pubblico, inderogabili dai privati, e quindi se l'ordine pubblico possa alla sua volta risultare da consuetudini ¹⁾.

Ecco il mio avviso su questo tema.

La consuetudine è l'espressione spontanea ed immediata del diritto sgorgante dalla coscienza popolare e manifestantesi esternamente per atti uniformi, continui, diuturni, i quali si compiono nella convinzione di effettuare una norma giuridica (*opinio necessitatis*).

Ciò che si pratica per riguardi di convenienza, di gentilezza, di utilità non forma una consuetudine. Così pure deve distinguersi l'uso, che è quello che suole osservarsi ordinariamente nell'esecuzione di certi contratti, e che si può considerare come tacitamente convenuto (1124, 1134, 1135): l'uso fa parte integrale dell'accordo e serve a completare non il volere, ma la dichiarazione di volontà ²⁾. Ma mentre l'uso riposa su una considerazione di convenienza, la consuetudine invece si fonda nel sentimento della soggezione giuridica. La consuetudine è una norma osservata generalmente come regola di diritto.

Ora secondo il nostro sistema la consuetudine ha diversi trattamenti.

Nel diritto civile essa ha un'importanza sparutissima, poichè non serve a modificare o derogare od ampliare la legge, ma soltanto nei casi in cui è espressamente richiamata, a *determinare il contenuto o l'estensione di un diritto o di un obbligo*. È la sua una funzione di completamento, di specificazione: la consuetudine serve a precisare la misura o il termine o il modo di un rapporto giuridico.

Così la legge si rimette alle consuetudini, quando si tratta di determinare il tempo, l'ordine e la quantità dei tagli dei boschi cedui che competono all'usufruttuario (485, 486, 487, 488, 489) o il tempo ed il modo dell'estrazione dei piantoni da un semenzaio formante

) In un'elaborata sentenza della Giuria dei collegi dei Provirvi a Milano (dec. 27 febbraio 1901, *Monit. dei Trib.*, 1901, p. 216) il prof. Porro discute ampiamente questa tesi, sostenendone l'affermativa.

Nel caso, si trattava della consuetudine del preavviso che suole darsi nella interruzione unilaterale di un rapporto di servizio con carattere continuativo e senza prefissione di termine. Un'operaia era stata licenziata dalla Ditta Cernuschi, immediatamente, per il giorno dopo. L'operaia ricorse all'Ufficio di Conciliazione del collegio dei Provirvi, chiedendo il risarcimento dei danni. La Ditta sosteneva essersi valsa del suo diritto, poichè il regolamento interno di fabbrica, riconosciuto ed accettato dall'operaia, autorizzava un tale immediato licenziamento.

Fu deciso in detta sentenza che la consuetudine commerciale del preavviso ha carattere d'ordine pubblico e quindi non può essere esclusa o derogata per patto.

²⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, § 22, S. 101.

parte dell'usufrutto (491) o la misura dei pesi che gravano i frutti (506) o le distanze che devono mantenere le piante lungo le sponde dei canali o lungo le strade comunali (580) o quando si tratta di stabilire il termine per proporre l'azione redibitoria per vizi d'animali o d'altri effetti mobili venduti (1505) o la misura degli anticipi che il subconduttore può fare al conduttore (1574) o la durata della locazione ed il termine per denunciarla (1598, 1600, 1613) o il tempo per cui s'intende convenuto l'affitto dei mobili per l'addebito di una casa (1607) o la natura delle riparazioni di piccola manutenzione (1604), ecc. Ora in tutti questi casi, si vede, la consuetudine non dà mai nascita ad una regola giuridica, autonoma, nuova, che venga ad aggiungersi e completare la legge; la consuetudine qui non fa che ritoccare nelle minuzie, precisare nei particolari, stabilire le modalità e l'estensione di un dato diritto o di un dato obbligo.

Ne viene di conseguenza, che come la consuetudine nel diritto civile non assurge mai all'altezza di dar luogo ad una norma giuridica, non può neanche parlarsi della natura di questa norma, se sia inderogabile e d'ordine pubblico, o dispositiva e rimessa alla libertà dei contraenti. In diritto civile non esistono consuetudini di ordine pubblico, perchè la consuetudine non produce mai un principio giuridico: l'ordine pubblico risulta esclusivamente da leggi.

Ma la consuetudine ha una posizione diversa nel diritto commerciale. Ivi essa è vera fonte di diritto, poichè dove la legge commerciale scritta tace, impera la legge commerciale non scritta, gli usi del commercio (art. 1 c. comm.). Il codice di comm. raccoglie le regole che sono più certe, più incontrastate, più comuni: la consuetudine completa quest'organismo con regole proprie, che vengono a disciplinare gli istituti giuridici, a creare istituti nuovi, a fondare dei diritti e degli obblighi fra i contraenti.

La consuetudine commerciale è così parificata alla legge, è un surrogato di essa ed ha la stessa efficacia. Ed allora, nessuna difficoltà ad ammettere che come vi sono regole giuridiche derivate dalla legge, che per l'interesse generale da cui sono ispirate rivestono il carattere d'ordine pubblico e sono inderogabili, così anche possano esservi regole giuridiche derivate dalla consuetudine che sostituisce la legge, le quali presentino altresì lo stesso carattere d'inderogabilità ¹⁾.

¹⁾ Cfr. le giuste osservazioni del PORRO nella sentenza citata: « Se la consuetudine è, come si è visto, elevata alla dignità di diritto vero e proprio in via

Questo principio del resto non fa ostacolo a ciò che abbiamo detto, che l'ordine pubblico risulta dal diritto imperativo, perchè in materia di commercio la consuetudine fa le veci di diritto.

§ 30. In che relazione stanno l'ordine pubblico col diritto pubblico?

L'ordine pubblico è più esteso e comprende in sè il diritto pubblico.

Vediamo intanto che cosa è il diritto pubblico. L'essenziale caratteristica che lo distingue dal diritto privato consiste non nella diversità dei subbietti, ma nella diversa posizione dei subbietti nelle relazioni giuridiche ¹⁾.

Infatti può lo stesso subbietto entrare in relazioni pubbliche e private. Così lo Stato ora si mostra come subbietto patrimoniale, cioè come proprietario, come creditore, come debitore, come contraente, ed allora è in tutto eguale ad un privato cittadino; ora invece ci appare come munito d'impero ed allora è un organismo politico. Tutte le relazioni in cui lo Stato entra come portatore della forza di comando, esternamente come sovrano, internamente come potere superiore, formano l'oggetto del diritto pubblico (esterno, interno).

Le relazioni all'interno possono svolgersi o fra lo Stato (potere centrale) ed i suoi organi, in cui si ramifica la forza di esso e si diffonde la sua attività, o fra questi ed i privati.

Ma per tracciare con precisione il campo di questa scienza, bisogna dire che appartengono al diritto pubblico (interno) ²⁾:

1.° la *struttura dello Stato* (costituzione), cioè l'ordinamento fondamentale e sostanziale dello Stato e delle associazioni politiche in esso contenute, la divisione dei pubblici poteri, la determinazione della libertà politica dei cittadini (diritto costituzionale);

2.° le *funzioni dello Stato*, cioè legislazione, governo, giustizia; e l'estensione ed i limiti di queste funzioni con gli obblighi ed i diritti che ne dipendono.

sussidiaria al diritto scritto, si fa manifesto ch'essa può, come il diritto scritto, rivestire qualche volta tale importanza giuridica e sociale da non consentire alcuna deroga convenzionale ai suoi postulati. In altre parole, come vi sono leggi d'ordine pubblico, così vi possono puré essere, e vi sono, consuetudini d'ordine pubblico, le une e le altre non essendo in sostanza, che l'espressione del diritto vigente in materia di commercio, e non differendo fra loro che per il grado più o meno avanzato nella elaborazione legislativa ».

¹⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, § 28.

²⁾ Aut. e loc. cit.

La funzione di governo ed amministrazione comprende tutte quelle materie che interessano il corpo politico della società, sia in ordine alla sua conservazione che al suo svolgimento e progresso. Quindi sono materie di diritto pubblico:

a) le leggi ed i regolamenti relativi alla *forza pubblica*, che intendono alla difesa nazionale, interna ed esterna: leggi di coscrizione militare;

b) quelle relative alle *finanze*, che hanno per scopo il mantenimento fisico dello Stato, e dispongono come provvedere i mezzi per soddisfare i pubblici servizi: leggi sulle imposte e tasse;

c) quelle relative alla *polizia* che ordinano a che non venga turbato l'ordine sociale e prevengono le cause di turbamento. La polizia si distingue in giudiziaria ed amministrativa: quest'ultima ha per oggetto la *sicurezza pubblica*, la *sanità pubblica*, la *pubblica beneficenza*, e stabilisce delle norme restrittive della proprietà e libertà privata, o impone un'ingerenza amministrativa di sorveglianza e tutela (legge di pubblica sicurezza, leggi sanitarie, leggi sulle opere pie);

d) le altre leggi che intendono al benessere materiale od al miglioramento intellettuale e morale della società, cioè da una parte tutti quei mezzi e provvedimenti atti ad accrescere la ricchezza nazionale, mercè lo sviluppo dei commerci ed il fiorire delle industrie e l'espandersi delle comodità e delle prosperità in tutti i cittadini; così leggi sulle industrie estrattive (caccia, pesca, miniere), sull'industria agraria (leggi forestali, sulla bonificazione dei terreni, sui pascoli, sulle risaie), sull'industria manifatturiera (leggi sui marchi di fabbrica e privative industriali), sull'industria commerciale (leggi sulle poste e telegrafi, sulla marina mercantile, sulle monete, sugli agenti di cambio, sugli istituti bancari, ecc.);

e, dall'altra, tutti quei mezzi rivolti ad elevare il grado di cultura dei cittadini, ad educarne il carattere e la coscienza morale (leggi sulla pubblica istruzione, sulle biblioteche, sugli istituti scientifici, ecc.).

Tutto questo campo fa parte del diritto amministrativo.

La terza funzione dello Stato è l'amministrazione della giustizia. A questa funzione si può sottordinare il diritto penale che intende alla repressione dei delitti ed alla reintegrazione dei diritti lesi, ed il diritto giudiziario o processuale con cui sono stabilite le forme dei giudizi.

Così materia del diritto pubblico è il diritto costituzionale, amministrativo, penale, procedurale. Tutta questa materia essendo di diritto pubblico è anche d'ordine pubblico.

Quindi sono illecite tutte le contrattazioni relative ai pubblici uffici, o di rinunzia ai diritti politici, o tendenti a sfuggire alle obbligazioni della leva militare, o del pagamento delle imposte e tasse, o le disposizioni intese a derogare e sottrarsi alla sorveglianza e controllo amministrativo sulle opere di beneficenza, o a sovvertire l'ordine dei giudizi, ecc.

Ma il concetto d'ordine pubblico si estende ancora; poichè abbraccia inoltre quelle norme di diritto privato che sono state dettate imperativamente per ragioni d'interesse generale (incolumità dei diritti personali, capacità giuridica, forme per l'esercizio di certi diritti, sanzione della loro violazione, ecc.).

II. FORME DELL'ILLECITO.

§ 31. Finora noi abbiamo esaminato le fonti dell'illecito, cioè le cause per cui un negozio può essere illecito, ed abbiamo visto ch'esse consistono nella contraddizione ad una legge proibitiva di interesse pubblico, nell'offesa alla moralità, nella deroga ad una legge imperativa.

Ma ora dobbiamo venire ad un altro lato del nostro studio, cioè a determinare sistematicamente la struttura del negozio illecito, il suo organismo interno, i modi come il negozio può essere illecito.

La illiceità può cadere:

- o nell'obbietto del negozio;
- o nella causa;
- o in una determinazione particolare della dichiarazione di volontà ¹⁾.

Le prime due forme danno luogo rispettivamente al negozio obbiettivamente illecito e causalmente illecito.

¹⁾ Invece la illiceità non può cadere intrinsecamente in una di quelle modalità accessorie del negozio che hanno per funzione di corroborare soltanto ed assicurare la dichiarazione principale, così un giuramento, una clausola penale, un'arra: ma questi mezzi rinforzativi aggiunti al negozio illecito segnano la sorte di esso e sono travolti nella nullità.

1.º Il negozio obbiettivamente illecito è quello che o è proibito dalla legge nel suo insieme, od ha per oggetto una prestazione illecita, cioè o è proibita la sua formazione od il suo contenuto.

In tal caso la illiceità sta nella sostanza del negozio, nel vincolo stesso che si assume, anzi il negozio sussiste per dar vita ad essa.

Quindi se io mi obbligo a trasgredire un divieto di legge od a commettere un delitto, o rinunzio ai miei diritti politici, si avrà in tutti i casi un negozio illecito obbiettivamente.

Per ciò che riguarda il negozio immorale, la prestazione potrà essere o in sè immorale o relativamente immorale, sia che si tratti di una prestazione lecita assoggettata ad un vincolo obbligatorio incompatibile con la sua natura o posta in un legame causale con un vantaggio pecuniario che funge disonestamente di corrispettivo alla stessa. Così mi obbligo di emancipare mio figlio, mi obbligo di cessare dagli attacchi calunniosi contro di te per cento lire.

Il negozio obbiettivamente illecito è la forma *principale* in cui si manifesta la illiceità e di cui s'incontrano esempi più numerosi nelle fonti.

Così un'EMPTIO-VENDITIO: « Rem quidem illicitam et inhonestam admisisse confiteris, quia proponis filios ingenuos a te venundatos » (1 Cod. VII, 16). « Veneni mali quidam putant non contrahi emptionem » (35 § 2, D. 18, 1). « Si contra licitum, litis incertum redemisti, indictae conventionis tibi fidem impleri frustra petis » (20 Cod., IV, 35);

una LOCATIO CONDUCTIO: « Proculus recte ait: Si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum Iniuriarum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria » (11, § 4, D. 47, 10). « Removet a postulando.... Et qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit » (1, § 6, D. 3, 1);

un MANDATUM: « nec mandatum flagitiosae rei ullas vires habet » (35, § 2, D. 18, 1); « Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agitur » (6, § 3, D. 17, 1); « Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem ut Titio furtum aut iniuriam facias » (Gai, III, 157 ¹).

una SOCIETAS: « flagitiosae rei societas coita nullam vim habet » (70, D. 46, 1); « generaliter enim traditur rerum inhonestarum nul-

¹) Cfr. L. 22 § 6 D. 17, 1; 7 Inst. 3, 26; 11 § 3, 5 D. 47, 10, ecc.

lam esse societatem » (57, D. 17, 2) « *delictorum turpis atque foeda communio est* » (52 § 17 D. 17, 2) ¹⁾.

una STIPULATIO: « Generaliter novimus *turpes stipulationes* nullius esse momenti » (26 D. 45. 1). « Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio » (4 C. VIII, 38).

In tutti questi casi avendosi per oggetto del contratto una prestazione illecita, l'intero contratto è nullo. Una formulazione generale di questo principio può trovarsi nel seguito della legge testè citata: « manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores (idest, contra leges) *vel in pacto vel in stipulatione deducuntur*, nullius momenti sunt ».

La illiceità non è necessario che affetti l'intero negozio, ma può anche obbiettivamente esser contenuta in una singola parte di esso, così in una clausola, in un patto accessorio. Anzi vi sono certi *pacta adiecta*, i quali hanno acquistato una certa qual celebrità per il loro carattere illecito, così il patto commissorio, il patto *de quota litis*, il *pactum de dolo non prestando*, i patti leonini, ecc. Nel diritto nostro la teoria del negozio obbiettivamente illecito può desumersi dalle seguenti disposizioni.

Anzitutto la nostra legge fra i requisiti essenziali per la esistenza dei contratti enuncia un oggetto che possa esser materia di convenzione (1104), cioè un oggetto, come è spiegato all'art. 1116, che sia in commercio. Ora è chiaro che al pari delle cose impossibili, sia materialmente che giuridicamente, anche le prestazioni contrarie alla legge, al buon costume, all'ordine pubblico sono escluse dal commercio giuridico.

La legge non può consentire che si stipolino delle contrattazioni in ordine a fatti turpi o illegali, nè che alcuno possa pretendere giudizialmente l'adempimento di una prestazione che è un'offesa all'ordine giuridico, o domandare, in mancanza, il risarcimento dei danni. Questo concetto è ripetuto anche incidentalmente in un caso specifico, cioè nel contratto di società, ov'è detto: qualunque società deve avere per oggetto *una cosa lecita* (1698).

§ 32. 2.º Negozio causalmente illecito. Un negozio in sè lecito può avere un fondamento riprovato, e così venire ad acquistare tutto un carattere d'indegnità che lo toglie alla protezione della legge. Il negozio cioè si fonda, riposa su un altro negozio illecito, di

¹⁾ Cfr. L. 35 § 2 D. 18, 1; 1 § 14 D. 27, 3; 6 D. 48, 7, ecc.

cui rappresenta il corrispettivo, la retribuzione e costituisce in certo modo l'effetto di quello.

Fra i due negozi s'intreccia un vincolo indissolubile, per cui l'uno nasce in quanto sorge parallelamente il secondo, e ciascuno è rispettivamente causa dell'altro: si svolge così una comunione d'esistenza che rende eguali le sorti dei due negozi, dimodochè se l'uno è illecito, comunica anche all'altro l'illiceità. Poniamo che tu ti obblighi di ferire un mio nemico ed in compenso io mi obbligo di darti cento. La mia obbligazione di pagare cento, presa a sola, senza considerazione dei legami che possono rattaccarla ad un'altra prestazione corrispettiva, è lecita: senonchè dessa poggia sulla tua obbligazione delittuosa di ferire un uomo, ed allora determinata nella sua vera indole riceve per riflesso la immoralità da quella che ne costituisce la causa. Questa riflessione dell'illiceità si giustifica per ciò ch'entrambe le due prestazioni reciproche vengono in sostanza a formare un negozio unico bilaterale con carattere comune illecito. Infatti l'una prestazione ha la sua origine nell'altra, senza la quale non sarebbe esistita, e se questa origine è viziosa, non è meraviglia che dessa contagi ed infetti l'intero corpo dell'obbligazione.

Causa però deve intendersi non nel senso di motivo psicologico che spinge l'individuo a contrattare, ma come causa giuridica, cioè secondo la dottrina comune, come quella ragione immediata e determinante per cui una parte si obbliga, e che risiede nella controprestazione o controobbligazione dell'altro contraente ¹⁾.

Questa specie di negozio illecito non è quindi tale per sè medesimo, ma riceve la illiceità da un altro negozio, cui è legato, e di cui presuppone la esistenza. Può in genere considerarsi che ogni negozio obbiettivamente illecito renda tutti i negozi che su desso si poggino causalmente illeciti.

Nel diritto romano si faceva anche distinzione fra il negozio con oggetto riprovevole e quello con causa *turpis* o *iniusta*, sebbene gli effetti della illecitudine della causa nel diritto romano fossero diversi da quelli che nel diritto nostro. « Si *ob turpem causam* promiseris Titio.... si petat, exceptione doli mali vel in factum summo-

¹⁾ Cfr. A. Lucca, 14 luglio 1884 (*Foro*, IX, 1, 721). La causa del contratto non può confondersi col motivo del contratto. Conseguentemente non può reputarsi viziato da causa illecita un contratto, il cui contenuto non viola nessuna legge civile nè morale, quantunque il fine ultimo o motivo dei contraenti sia di eludere l'applicazione di una legge dello Stato estranea al contratto.

vere eum possis (8 D. 12, 5) Pacta quae *turpem causam* continent, non sunt observanda (27, § 4 D. *de pact.*) ».

Il Lotmar in riguardo al negozio immorale fa la stessa avvertenza. È non solo invalida quella stipulazione in cui è stata promessa una prestazione immorale, ma anche quella che sebbene abbia una prestazione lecita (come il pagamento di una somma) riposa su ragioni immorali od è diretta a scopi immorali. Così la stipulazione fatta per un'immoralità commessa o da commettere, a titolo di premio, o per incitare, colla minaccia di un danno patrimoniale, il debitore o promittente ad un'azione che non può stare sotto una tale pressione (61 D. 45, 1), ecc. ¹⁾.

Nel diritto nostro la teoria del negozio causale illecito è formulata esattamente e completamente da un gruppo di articoli:

Alla validità di un contratto è essenziale una causa lecita per obbligarsi (1104). L'obbligazione senza causa o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto (1119). La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume, all'ordine pubblico (1122).

§ 33. 3.^o Finalmente la illiceità può cadere in una determinazione particolare del negozio. Fra queste si comprendono la *condicio* ed il *modus* ²⁾.

Condicio. La condizione generalmente si considera come una determinazione accessoria della dichiarazione di volontà, sebbene si riconosca ch'essa non abbia un'esistenza per sè stante di fronte alla dichiarazione principale, ma l'una costituisce con l'altra un tutto indistinto ³⁾.

Questo concetto non è esatto, perchè come acutamente ha fatto rilevare il Ravit ⁴⁾ per determinazione accessoria si può intendere soltanto quella che sta accanto al negozio principale senza toccarlo nella sua essenza, e che può esser tolta da esso e pensata separatamente.

Ma quando una determinazione attacca l'esistenza del negozio, e

¹⁾ Op. cit., S. 36. Anche il BRINZ (*Pandekten*, II², § 302): « Non è da scambiarsi con la *turpis causa* l'oggetto riprovevole della promessa che toglie *ipso iure* ogni efficacia alla stipulazione ».

²⁾ Un termine illecito per sè stesso non vi può essere, soltanto talora può essere incompatibile con una dichiarazione di volontà e dar luogo ad un negozio giuridicamente impossibile.

³⁾ WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 86.

) *Ueber den Begriff der Bedingung* (*Archiv für civil. Prax.*, B. 39, S. 308).

mette in forse il suo essere o non essere, quando sta con la dichiarazione di volontà in così stretta ed essenziale colleganza, che l'una non può concepirsi senza dell'altra, è allora questa una parte sostanziale e non accessoria del negozio.

Il giudizio condizionato non deve intendersi come un giudizio con una determinazione aggiunta, ma come *una speciale forma* del giudizio, di fronte al giudizio categorico. E quindi la dichiarazione condizionata deve ritenersi una forma di dichiarazione di volontà (*eine Art der Willenserklärung*) rispetto alla dichiarazione incondizionata ¹⁾.

Questo concetto ci sarà di aiuto in tutta quanta la trattazione dell'argomento, poichè quando noi vedremo nel negozio condizionato un tutto unico, organico ed indivisibile, invece di concepirlo come una dichiarazione principale, cui si sovrappone l'elemento estraneo ed accessorio della condizione, non tarderemo a comprendere perchè nel giudicare una dichiarazione condizionata non tanto debba attenersi alla liceità o riprovevolezza della condizione apposta, quanto al contenuto dell'intero negozio condizionato ²⁾.

Intanto cominciamo dal formulare il principio, che il negozio condizionato è illecito quando tende obbiettivamente a spingere altri ad un'azione illecita, cioè quando esercita un incentivo alla illiceità, sia coll'attrattiva di un premio che colla minaccia di un danno.

I. Mercè la dichiarazione condizionata si fa dipendere l'efficacia del negozio dall'avveramento di una circostanza futura ed incerta. Se questa circostanza è riposta in un atto che è in potere di una delle parti di effettuare, si ha una condizione potestativa. Tutte le condizioni illecite sono potestative.

Quando taluno fa una disposizione vantaggiosa, subordinandola

¹⁾ Vedi anche UNGER, *System des oesterr. Privatr.* II, § 82, n. 3 e *Erbrecht*, § 16, p. 3; HUSCHKE (*Zeitschr. f. Civilr.*, XV S. 249); FÖRSTER, *Preuss. Privatr.*, I, § 36; RUDORFF su PUCHTA § 59 n. a.; ARNDTS-SERAFINI, I, § 66, n. 2.

²⁾ La condizione, presa a sola, non è un nuovo requisito obbiettivo del negozio. Sarebbe inconcepibile, dice il RAVIT (op. cit., S. 329), che i privati potessero a loro voglia creare nuovi requisiti essenziali, se questi sono dati già per la natura del negozio, e la volontà individuale non può mutarli. Essa può soltanto volere o no questi requisiti, ed in tal modo esercitare un'influenza sull'essere o non essere del negozio. Ma dove noi troviamo una determinazione che affetta il negozio nella sua esistenza, dobbiamo quest'effetto ricercare soltanto nel lato subbiettivo di esso e non altrove, e vedere nella condizione non un nuovo obbiettivo requisito, ma una speciale conformazione della volontà (*eine besondere Gestaltung der Willensbestimmung*).

ad un'azione del donatario, questi è spinto a compiere l'azione condizionata per profittare del vantaggio offerto. Cioè, il donatario sotto lo stimolo dell'interesse, è irresistibilmente tentato a fare avverare la condizione. Quindi, sebbene teoricamente la condizione sospende, ma non costringe, come dice Savigny ¹⁾, difatti però la condizione esercita una coazione indiretta, in quanto stimola, induce, trascina alla esecuzione della condizione coll'allettamento di un utile patrimoniale. Sono le parole dello Scheurl ²⁾: « Ma in effetto la condizione per ciò che sospende, contiene un'assai forte e certamente indiretta e nascosta forza di coercizione ».

Ora è chiaro che colui che vuole ottenere l'adempimento di un desiderio turpe o illegale, invece d'imporne direttamente la prestazione come obbligazione corrispettiva in un contratto (chè ricadrebbe nel negozio obbiettivamente illecito) possa presceglie la via di fare dell'azione desiderata la condizione di un lascito o di una liberalità tra vivi. In tal modo da una parte far le viste di non obbligare altrui all'azione turpe, pur riuscendo di fatto indirettamente allo scopo voluto.

Un tale istituì nel suo testamento erede sotto questa condizione: *Si reliquias eius in mare abiiciat*. Non avendo l'istituito obbedito alla condizione, si domandava se dovesse respingersi dall'eredità. Modestino rispose doversi lodare piuttosto che accusare l'erede che non gettò il cadavere del testatore in mare, ma lasciò intatta nella sepoltura la memoria di lui (L. 27 D. *de cond. inst.* 23, 7); Modest., L. 8 *Respons.*). Sotto questo capo si raggruppano le condizioni formulate in genere con le espressioni: « si homicidium facias, si furtum facias, si sacrilegium es facturus », e simili. Ancora sono da annoverarsi le numerose condizioni del diritto romano impedienti il matrimonio, le quali per ragioni politiche erano state proibite dalla legge Iulia Miscella, ed il cui campo si venne sempre più allargando per via di un'estesa interpretazione. Così: « Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet, velut Titio patri centum, si filia quam habet is in potestate non nupserit, heres dato vel filiofamilias, si pater eius uxorem non duxerit, heres dato » (L. 79, § 4 D. 35, 1). Papin., lib. 1 *Defin.*

Talora il negozio condizionato tende ad imporre una inazione immorale od una deroga all'ordine pubblico. Così nella L. 9 D. *de cond. inst.* 28, 7 (Paul. *ad Edic.*): « Condiciones, quae contra bonos

¹⁾ *System*, III, § 128.

²⁾ *Zur Lehre von den Nebenbestimm. bei Rechtsgeschäften*.

mores inseruntur, remittendae sunt: *veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit* ».

Così ogni condizione che tendesse ad ostacolare un diritto d'ordine pubblico nell'individuo. Ti lego cento, se non presterai il consenso alle nozze che tuo figlio vuole contrarre, o se non riconoscerai i tuoi figli naturali, o se non impugnerai le disposizioni testamentarie che io ho fatte a persone incapaci.

In tali casi il disponente vuole indurre il legatario o donatario ad abdicare ad un diritto che gli compete inderogabilmente e di cui egli deve usare con piena libertà e indipendenza ¹⁾.

II. Ma una coazione verso l'illiceità non soltanto può esercitarsi con l'allettamento di un qualche vantaggio, ma anche con l'infissione di un danno patrimoniale nel caso che si manchi d'adempiere l'azione illecita condizionata.

Un testatore istituisce erede universale suo figlio, ma se non compirà una data vendetta che gli designa, lega il disponibile ad un terzo.

Tizio si obbliga di pagare lire mille a Caio, se egli muoverà mai querela penale contro di lui. Un contraente promette di pagare il doppio del prezzo, se non adibirà la casa comperata a luogo di prostituzione.

Questi ed altri esempi, che è inutile qui accumulare, lasciano chiaramente trasparire l'intenzione turpe che anima nei singoli casi la disposizione ed il contratto, e scoprono il loro carattere illecito ²⁾.

¹⁾ CAPITANT, *Introduction à l'étude de dr. civ.*, pag. 292. « Ogni condizione che è destinata a restringere od a paralizzare presso una persona l'esercizio di un diritto interessante l'ordine pubblico ed accordato a questa persona per un fine di protezione è illecita, perchè essa equivale alla distruzione ed alla negazione di questo diritto ».

²⁾ Sulla natura della disposizione penale vedi in particolar modo il FITTING, *Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung* nell'*Archiv für civ. Prax.*, B. 58, S. 404) ed il BRINZ (*Lehrb. der Pand.*, II, 1464). Il primo definisce la disposizione penale quella per cui è gravato un danno a qualcuno per il caso ch'egli faccia o tralasci una certa azione, e ciò al fine (*in der Absicht*) di allontanarlo o spingerlo a quell'azione colla vista del danno minacciato. Essa dunque serve come mezzo coattivo per provocare ed assicurare l'azione. Dunque sono caratteri essenziali: 1.º il gravamento di un danno sotto una condizione; 2.º la condizione deve consistere in un fatto od astensione di colui a cui il danno è eventualmente minacciato; 3.º il gravamento del danno ha a fondamento l'intenzione d'incitare la volontà di colui a cui il danno è minacciato, al tralasciamento dell'azione non voluta od all'esecuzione dell'azione desiderata. Cfr. Ulp. *Fragm.*, XXIV, 17 « *cöerendi heredis causâ, ut faciat aut non faciat, non ut ad legatarium pertineat* ».

Nel diritto romano classico, quanto alle disposizioni *mortis causa*, non c'era neanche bisogno di ricorrere a questo carattere per ottenerne l'inefficacia, giacchè era accolto il principio che sanzionava la nullità di ogni *legatum poenae nomine relictum*. Giustiniano più tardi abolì questo principio, facendo però eccezione per il caso che ci riguarda, cioè che si volesse costringere l'erede a compiere mercè questa coazione un atto illecito o turpe: *probrosum*¹⁾.

§ 34. Finora abbiamo trattato delle condizioni che tendono ad incitare altri ad una illiceità in senso assoluto, cioè ad un'azione che per sè stessa è una violazione delle leggi e dei buoni costumi.

Ma parlando del negozio immorale, noi abbiamo visto che una immoralità può risultare anche derivativamente, cioè quando l'azione sia assoggettata ad una coazione giuridica, incompatibile con la sua natura, o sia avvicinata ad un prezzo che suona un'immorale ricompensa od incentivo all'azione.

La prima forma d'immoralità relativa non può avere luogo nelle condizioni, che non *impongono* obbligatoriamente un atto, ma soltanto *incitano* ad eseguirlo.

L'individuo resta sempre libero di scegliere tra l'azione condizionata offerta e l'inadempimento.

Non mi pare perciò esatta l'opinione del Windscheid, che fra le condizioni *contra bonos mores* annovera quelle, per cui si influisce in modo sconveniente sulla libertà di decisione in materie, nelle quali l'uomo non deve lasciarsi determinare da motivi esterni.

È esagerato il voler supporre che la legge in alcune circostanze lasci attorno all'individuo quasi una sfera neutra od un ambiente morto, contro cui devonsi infrangere tutti gli incentivi esterni, quando è psicologicamente provato che le più spontanee e più semplici determinazioni di volontà risultano da una miriade di motivi, che intrecciandosi e confondendosi insieme, sfuggono perfino alla coscienza individuale. La legge soltanto rende nulli i *vincoli* della libertà, non i semplici allettamenti o distoglimenti che possono esercitarsi sulla medesima.

Nel negozio condizionato manca una *coazione*, vi è soltanto un *incentivo*. Ora quando l'azione cui ci spinge non è per sè stessa illecita, la condizione è valida²⁾.

¹⁾ Cfr. L. un. Cod. VI, 41 e Ist. § 36, II, 20.

²⁾ Cfr. C. Napoli 23 giugno 1873 (*Giur. civ.*, XI, 28). «Dire che sempre quando

Io credo che quest'opinione non sia opposta alle fonti, dove è ammessa la validità della *conditio si Titio nupserit* (63 § 1 D. 35, 1) che pure esercita un'influenza assorbente nel legatario. Gli esempi citati in contrario delle condizioni di non passare a matrimonio sono *inapplicabili*, perchè in tal caso si tratta di condizioni proibite dalla legge, come anche non influiscono nella decisione, le condizioni « *si a monumento meo non recedat* » e simili; perchè in tal caso si vuole spingere l'onorato ad un'azione per sè riprovata, qual'è il sacrificio della propria libertà e del dritto al movimento ¹⁾.

Invece è possibile che si abbia un negozio' condizionato illecito della seconda forma: quando si offra un premio per il compimento di un fatto, che non può stare sotto la seduzione del guadagno, oppure che sia moralmente e civilmente obbligatorio nel promissario in riguardo al promittente.

Nel primo caso la condizione diventa illecita, non perchè influisca sulla libertà dell'onorato, ma perchè mira a *corrompere* l'animo di lui, facendo dipendere dal guadagno un atto che deve essere lo spontaneo frutto del sentimento e l'impulso della coscienza. L'immoralità sorge non dalla costrizione della libertà, ma dall'avvicinamento di un utile ad un atto così delicato e puro, che non può stare in questo rapporto, senza esser macchiato dal sospetto di corruzione (amore sessuale, culto religioso). Donde segue, che dove questo cozzo non esiste, perchè manca la *delicatezza* e *purezza* dell'atto cui si vuole indurre, la condizione benchè influisca sulla libertà di decisione, non è invalida (così, libertà di prendere il proprio stato, di scegliere una professione, ecc.) ²⁾.

Invece sarebbero nulli i negozi con cui si volesse eccitare al matrimonio per via di denaro.

Prometti tu di darmi cento, se io ti sposerò?

Causa cognita *denegandam actionem puto*, dice Celso (26 *Digest.*) (97 § 2, *de V. O.* 45, 1). Così pure la condizione di mutar religione, apposta in una liberalità tra vivi o *mortis causa*, con cui si vuole

resti la libertà dell'uomo in modo qualsiasi adombrata debba venir soccorrevole la legge a stigmatizzare di nullità l'obbligazione assunta ed imposta, sarebbe disorganare dalle sue basi quella stessa società per la tutela della quale stanno leggi e magistrati ».

¹⁾ Cfr. 71, § 2 D. 35, 1: « dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur ».

²⁾ Quest'opinione si può considerare come una determinazione più precisa della teoria di WINDSCHEID.

corrompere l'animo del donatario o legatario mercè il denaro per indurlo alla abiura del culto professato.

La condizione diventa anche illecita, se l'atto cui si vuole spingere coll'attrattiva di un vantaggio pecuniario o coll'influenza d'una pena sia obbligatorio per il chiamato.

Ti lego mille, se non disonorerai la mia memoria con la narrazione di alcuni fatti scandalosi che mi riguardano e di cui sei a conoscenza, o se non tormenterai con liti cavillose i miei eredi.

In questi casi, il fatto a cui si vuole indurre mercè l'allettamento del guadagno non è per sè stesso riprovevole, anzi è doveroso ed obbligatorio, ma appunto perciò diventa immorale il subordinarne l'adempimento all'attrattiva del lucro, perchè s'insinua insistente il sospetto di precedenti macchinazioni e ricatti di cui è stato vittima il disponente da parte del favorito della disposizione stessa.

Invece le condizioni genericamente espresse: *ne maleficium facias*, quando il *maleficium* non si riferisca al disponente od a persona a lui cara, e le condizioni inducenti il legatario allo schivamento di un vizio o difetto, analogamente a quanto abbiamo altrove opinato, debbono ritenersi valide.

§ 35. Dopo questi accenni possiamo ora comprendere qual senso debba attribuirsi al principio enunciato, che il negozio condizionato è illecito, quando spinge altrui a commettere un'illiceità. L'elemento caratteristico è uno: lo stimolo che si vuole esercitare, perchè altri si determini a compiere un'azione riprovata, che egli forse, senza i consigli pericolosi dell'interesse, non avrebbe compiuta ¹⁾.

L'incitamento può anche provenire da un'auto-imposizione. Così in una scommessa, per cui lo scommettitore s'impone una penale se non arriverà a compiere un dato fatto. Pagherò cento, se non uccido Tizio in duello. In questa categoria rientrano anche certe scommesse galanti.

Per giudicare dunque, se un contratto condizionato è lecito o no, bisogna non tanto badare al fatto posto a condizione, quanto allo scopo che la condizione riguardata coll'intero negozio vuole raggiungere.

¹⁾ FITTING, op. cit., S. 412: « Al concetto della condizione appartiene come contrassegno essenziale: il momento subiettivo, cioè la condizione deve produrre una immorale tendenza; essa deve esser stata posta dall'autore al fine d'incitare all'azione immorale, deve cioè contenere una *Beförderung und Hervorrufung der Unsittlichkeit* ».

Di regola l'elemento subbiettivo non è apprezzabile nè valutabile di fronte alla legge: la dichiarazione di volontà dopo pronunciata si distacca dalla mente dell'individuo, e, come un novello essere, comincia a vivere una vita a sè, indipendente, autonoma. Perciò se io compro un pugnale con la ferma decisione di servirmene per un assassinio, o faccio dei regali ad una donzella per allettarne la vanità e facilitarne la corruzione, non per questo la compra o la donazione sono meno valide, essendo irrilevante il movente intenzionale.

Ma se l'elemento subbiettivo è senza importanza quando è chiuso nel pensiero dell'individuo, acquista però valore, allorchè è esternato ed incorporato alla dichiarazione. Ciò avviene appunto per via della condizione.

Nel negozio condizionato quindi dovrà guardarsi unicamente alla intenzione del disponente o contraente, per decidere della validità ed inefficacia di esso.

Poichè può aversi una condizione con contenuto riprovato, ed essere il contratto lecito:

L. 121 § 1, *de V. O.*, 45, 1 (Papin. lib. 21 *Respons.*).

« Mulier ab eo in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerit ducenta, si concubinae tempore matrimoni consuetudinem repetisset. Nihil causae esse respondi, cur ex stipulatione quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam assequi non possit ». Cfr. pure L. 2 Cod. IV, 56.

Viceversa, una condizione con contenuto lecito può dar luogo ad un negozio riprovato.

Ti dono la mia casa, ma la donazione sarà risolta, se tu ritornerai a coabitare con tua moglie, dalla quale eri separato. Oppure, ti obblighi di pagarmi una penale, se andrai a votare in favore di Tizio ¹⁾.

¹⁾ È degno di menzione a questo riguardo il Codice Sassone che formula scientificamente la teoria concreta delle condizioni illecite (art. 2129, 2130). È reputata non scritta: 1.º la condizione sospensiva per il legatario di fare un atto contrario alle leggi ed ai buoni costumi od omettere un atto comandato dalla legge o dalla morale; se la condizione è inversa, cioè di non commettere un atto illecito o immorale o di fare un atto prescritto dalla legge o dalla morale, il beneficiario può reclamare ciò che gli è attribuito, ma lo perde se egli agisce contrariamente alla condizione imposta; 2.º la condizione risolutiva di fare un atto contrario alle leggi od ai buoni costumi od astenersi da un atto comandato dalla legge o dalla morale; la condizione inversa deve al contrario produrre il suo effetto.

Gli scrittori, che si sono occupati di questa speciale materia, hanno quasi tutti intraveduto che per giudicare della liceità o meno della condizione dovesse soltanto badarsi allo scopo avuto dal disponente o contraente; senonchè la maggior parte si è perduta nel ricercare lo scopo intimo, segreto del testatore, senza osservare d'altra parte che la condizione e lo scopo stanno in così vicina relazione fra loro da apparire rispettivamente come contenente e contenuto. Lo scopo si rivela per la condizione, ed in tanto è illecito, in quanto la condizione di fronte al negozio cui accede sviluppa una relazione illecita.

Il Fitting ¹⁾ riconosce che, perchè la condizione sia contraria ai buoni costumi, è necessario che l'autore avesse l'intenzione di indurre (*hinzuwirken, hinwirken*) all'azione immorale. Questa intenzione è riconosciuta esistente nel caso che è lasciato un vantaggio per l'adempimento della immoralità.

Lo Schiffner ²⁾ dichiara illecita la condizione, per la quale nella dichiarazione di volontà riguardata nel suo insieme si ravvisa un contenuto contrario alle leggi ed ai buoni costumi.

Il Bufnoir ³⁾ dice che la condizione è illecita, quando essa imprime all'atto cui si aggiunge un carattere tale che l'operazione nel suo complesso sia riprovata dalla legge morale o civile. Non è alla natura del fatto posto a condizione che bisogna stare attenti per giudicare della liceità dell'atto, ma « c'est au but poursuivi par la partie qui a imposé la condition ».

Cerchiamo di precisare queste idee.

La intenzione del disponente, in tanto è osservabile, in quanto si trova estrinsecata nella condizione apposta. Ma fuori di essa non potrà indursi ed argomentarsi il fine segreto ed irrisolto che ha indotto il testatore o contraente a fare quella dichiarazione così condizionata. La *mens* ultima è indifferente.

Se mi si passa il bisticcio, potrei dire che l'elemento subbiet-

¹⁾ Op. cit., S. 415. Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* I, § 94: « Sono illecite le condizioni che stabiliscono un vantaggio pel compimento di atti vietati, od un danno per quello di atti che ci è comandato di compiere ». BEKKER, *Pand.* II, § 117, *Beil.* I. Non semplicemente il contenuto decide sul carattere della condizione, ma la relazione di questo contenuto alla disposizione condizionata: l'intera dichiarazione di volontà nel suo complesso non può dare un risultato contrario al diritto od ai buoni costumi.

²⁾ Citato in BORGNA, *Dottrina delle condizioni*.

³⁾ *Théorie de la condition en droit romain*.

tivo della disposizione debba valutarsi obbiettivamente ¹⁾. Si prende cioè la dichiarazione, e si esamina se in sè stessa e riferita alle circostanze esterne di fatto del singolo caso, presenta una natura illecita, se cioè vuol produrre una tendenza ad una violazione morale o giuridica od una repulsione ad un'azione onesta e legittima, e su questi dati obbiettivi si pronuncia sulla sua validità. È naturale del resto che trattandosi di un'azione concreta, non può certo farsi astrazione dalle condizioni di fatto in cui l'azione deve svolgersi, e che servono a colorire e ravvivare meglio i tratti caratteristici dell'azione imposta, e che possono anche determinare una variazione del giudizio, che si farebbe *a priori* guardando la natura della condizione in relazione astratta al negozio ²⁾.

Infatti queste circostanze possono soltanto spiegare il carattere del negozio condizionato, e far cogliere obbiettivamente quella intenzione del testatore, a cui nelle condizioni deve aversi principalmente riguardo: « In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones » (L. 19 pr. D. *de cond. et demonstr.*, 35, 1); Ulp. lib. 5 *Disp.*

Donde segue, che quando dalla disposizione riguardata alle circostanze che l'accompagnano sorge che col negozio non si è voluto produrre un incitamento all'illecito, ma si è soltanto preveduto l'ipotesi e la possibilità dell'avveramento, come una circostanza estranea eventuale, senza peraltro voler istigare il beneficiato, la condizione è lecita. Così in un onere modale, con cui impongo al mio erede di far celebrare in perpetuo tante messe per l'anima mia, prevedendo l'ipotesi che taluno della mia famiglia o discendenza

¹⁾ Vedi in questo senso anche FADDA (traduz. di WINDSCHEID), disp. 38, pagina 986: « Si deve por mente se tenendo conto di tutte le singole circostanze del caso considerate nella loro influenza complessiva, si abbia un risultato condannato dalla morale sociale. Quando il risultato sia scevro d'immoralità poco monta lo scopo, come lo scopo non salva la disposizione oggettivamente immorale. Così se Tizio, ignorando che tra suo figlio ed una ragazza siano interceduti rapporti intimi, istituisce erede nel disponibile il figlio, a condizione di non sposare quella ragazza, la condizione è immorale, benchè in genere si soglia ritenere valido, perchè lecito, il divieto di sposare una determinata persona, e benchè l'ignoranza in sui si trovava il testatore escluda in lui il pravo intento di porre ostacolo alla riparazione dovuta a quella povera sedotta. Basta che oggettivamente si venga a porre ostacolo a questa riparazione ».

²⁾ Conformemente il RAVIT, op. cit. Vedi pure KELLER, *Pandekten*, § 51; VANGEROW, *Pandekten*, I, § 93; UNGER, *System*, II, § 82.

possa abbracciare il sacerdozio, aggiungo, e se alcuno di essi si farà prete, voglio che le messe siano celebrate da lui e ch'egli ne percepisca l'elemosina.

36. Precisato così il concetto del negozio condizionato illecito, veniamo a talune applicazioni: Il negozio cui è apposta una condizione riguardante la *turpitudine* di un terzo, è valido? Senza dubbio che è valido, essendo questa una mera condizione casuale ¹⁾; ammenochè non si voglia indirettamente con esso favorire ed agevolare il compimento dell'azione vietata. Il primo punto è esplicitamente riconosciuto dal diritto romano (c. 1 Cod. IV, 56). La subordinata invece, nota il Ravit, criticando quest'opinione nel Fitting, non trova alcun appoggio nelle fonti. Io credo che possa citarsi in favore la L. 77 § 2 *de condit. et dem.* 35, 1 (Papin. lib. 7 *Respons.*).

« Titio, si mulier non nupserit, heres centum dato, quam pecuniam eidem mulieri Titius restituere rogatus est. Si nupserit mulier die legati cedente fideicommissum petet. Remoto autem fideicommissio, legatarius exemplum Mucianae cautionis non habebit ».

In questa legge si fa l'ipotesi che l'erede sia onerato di un legato a favore di un terzo, se la moglie dello stesso testatore non andrà a marito. Trattandosi qui d'una condizione illecita riguardante una persona estranea, il legato avrebbe piena efficacia. Senonchè su questo legato grava un fedecommesso, per cui Tizio apparente favorito è incaricato di rimettere la somma alla moglie, a cui cioè è diretta la *conditio si non nupserit* e che diventa in sostanza la vera interessata a farla avverare.

Il legato perciò avrebbe un contenuto *contra legem*. Ma poichè per la L. Iulia queste condizioni erano rimesse, cioè si consideravano per una finzione come adempiute colla loro violazione, ch'era appunto il contrar matrimonio, così in questo caso è detto, che appena la moglie andrà a nozze — *die legati cedente* — col verificarsi fittiziamente la condizione del legato, essa potrà pretendere il fedecommesso.

Ma a questo punto Papiniano, quasi riflettendo, soggiunge: Se invece non fosse stato gravato il fedecommesso, cioè il mezzo indiretto che ha reso il legato illecito, il legatario non avrebbe avuto nemmeno il beneficio della cauzione Muciana, cioè il legato sarebbe stato valido e Tizio per conseguirlo avrebbe dovuto aspettare che la condizione si avverasse, quindi fino alla morte della donna della

¹⁾ RAVIT, op. cit., S. 412: « In tal caso l'avvenimento d'una relazione immorale è considerato dal disponente come una qualsiasi altra eventualità ».

cui *viduitas* si trattava, e non avrebbe potuto neanche ottenere il beneficio della *cautio Muciana* cioè il godimento anticipato della *res legata*, che si accordava nel caso di condizioni che non si potessero verificare se non dopo la morte del legatario, trattandosi qui di una condizione il cui avvenimento era possibile, quando egli era ancora in vita.

Per ciò che riguarda il nostro diritto non può esser dubbio intorno alla validità dei negozi condizionati alla illiceità di un terzo, quando è giuridicamente riconosciuto il contratto di assicurazione, che talora si riduce alla promessa onerosa di pagare un premio, se avverrà un dato fatto delittuoso che danneggia l'assicurato. Così le assicurazioni per incendio doloso, per cattura di navi da pirati, per devastazioni in seguito a guerra, rivolte popolari, ecc. ¹⁾.

37. Inoltre è da riconoscere l'illiceità del negozio, cui è apposta una condizione lecita onerosa alternata con una illecita, in modo che il desiderio d'evitare la prima serva di stimolo ad eseguire la seconda ²⁾. Così, ti dono tutti i miei diritti ereditari che mi competono su una successione già aperta, a condizione che tu o fondi un'opera di beneficenza, o perseguiti in giudizio i miei coeredi ch'io odio profondamente.

È naturale che tu, per sfuggire all'adempimento oneroso dell'istituzione pia, preferirai piuttosto compiere l'azione immorale ch'io ti consiglio, cioè la vessazione in giudizio degli altri eredi.

Si può cioè considerare che delle due azioni alternativamente poste, l'una rappresenti la penale dell'inadempimento dell'altra.

Questo concetto sorge poi chiaramente, quando una delle condizioni ha per oggetto il pagamento di una somma di denaro. Così nella L. 8, § 5 D. 28, 7: Se alcuno fu istituito erede a condizione che giuri (condizione immorale) o se pagherà diecimila, cioè con obbligazione alternativa o di ubbidire alla condizione o di fare il giuramento, è da vedere se debba rimettersi la condizione, potendo uno liberarsi da essa, ubbidendo all'altra. Ma è più giusto dire che deve rimettersi, acciocchè l'altra condizione non lo costringa a giurare: « ne alia ratione condicio alia eum urgeat ad iusiurandum ».

38. Invece è da riconoscere la liceità di tutti quei negozi che tendano obbiettivamente a spingere l'onorato ad un'azione virtuosa: *si beneficium facias*, al compimento del proprio dovere, od a man-

1) DEMOLOMBE, XVIII, n. 307; GIORGI, IV, § 318.

2) LAROMBIÈRE, op. cit., II, art. 1172, n. 8.

tenere una vita degna del grado sociale o del lustro della sua famiglia.

Non veggo perchè con una scrupolosità esagerata si debbano ritenere immorali dei negozi che invece rivelano un'intenzione moralissima. L'aggiungere l'attrattiva del premio alla naturale inclinazione non fa che stimolare sempre più l'individuo verso il proprio miglioramento, e coltivare e fortificare in lui i sentimenti onesti ed i buoni propositi. Del resto l'educazione consiste proprio in ciò: nel combattere le cattive tendenze con castighi, nel secondare e sviluppare le buone, con allettamenti e con premi, ed in questi negozi così condizionati spira un'aura altamente educatrice che li fa degni in sommo grado del riconoscimento della legge ¹⁾.

Così pure è da ammettere l'efficacia di tutti quei negozi che fanno scaturire un danno patrimoniale dal compimento di un'azione turpe o delittuosa ²⁾. Giacchè è uno scopo manifestamente lecito quello di rafforzare la sanzione della coscienza che è il rimorso, del pubblico che è il biasimo, della legge che è la pena, anche con una sanzione accessoria che è la perdita patrimoniale. Ciò è anche confermato dalla L. 12 § 1 D. *de V. O.*, 45, 1. Nè può fare ostacolo la L. 19 h. t. « Si stipulatio facta fuerit: si culpa tua divortium factum fuerit, dari? nulla stipulatio est: quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis » — perchè presso i Romani il divorzio non era considerato per sè cosa immorale, ma si reputava come uno scioglimento naturale del matrimonio, anzi era condannato qualsiasi ostacolo che si volesse frapporre sia al contrarre che allo sciogliere le nozze, e perciò nella legge citata si ritiene nulla la stipulazione che volesse col timore della pena mantenere a forza le relazioni matrimoniali: « quia *inhonestum* visum est, *vinculo poenae matrimonia obstringi*, sive futura, sive jam contracta » (134 D. h. t.); Paulus lib. 15 *Resp.*

39. La teoria del negozio condizionato illecito si trova formu-

¹⁾ LAROMBIÈRE, op. cit., II, art. 1172, n. 11: « Pourquoi défendre à une sanction privée d'intéresser l'humanité dans le devoir, alors surtout que la profondeur du vice est moins effrayante peut-être que la légèreté de la vertu? Quelles seraient cette morale et cette loi, si jalouses de leur autorité, qu'elles ne souffriraient point qu'on en suppléât l'insuffisance? Pourquoi envier à l'intérêt ce qu'il peut produire de bon et d'honnête? ».

²⁾ Cfr. il Codice delle Provincie Baltiche, art. 2365: Le condizioni illecite o immorali trascinano la nullità della disposizione principale, ma è valido il contratto per cui una persona si sottomette ad un pregiudizio per il caso in cui commetterà un atto illecito.

lata nel diritto nostro dall'art. 1160 cod. civ.: « Qualunque condizione contraria al buon costume od alla legge, o che impone di fare una cosa impossibile, è nulla, e rende nulla l'obbligazione principale da essa dipendente ». Un'espressa applicazione di questo principio, resa necessaria dai precedenti storici, è aggiunta riguardo alle donazioni: È nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili o contrarie alla legge ed al buon costume (1065). Anche nelle disposizioni testamentarie, l'apposizione di una *condicio turpis* o *iniusta* vizierebbe il negozio, ma per una particolare deroga di legge, di cui spiegheremo più tardi storicamente l'origine, si considera la disposizione come pura ed avente efficacia giuridica (849).

40. *Modus* ¹⁾. Più propriamente può parlarsi d'una determinazione accessoria riguardo al modo. Poichè sotto la parola *modus* in senso tecnico può intendersi quell'elemento accidentale nei negozi a titolo gratuito, per cui all'onorato s'impone l'obbligo di compiere un determinato atto ²⁾.

Non credo che sia essenziale che il modo consista in un impiego di tutto o parte il dono ricevuto, per uno scopo espresso dal testatore, e che quindi esso si risolva necessariamente in una diminuzione della liberalità originaria. Confesso che ordinariamente è così, e che nelle fonti s'incontrano più numerosi gli esempi di queste specie di modi; ma non è impossibile che l'azione assunta *sub modo* non abbia carattere patrimoniale e si ricollegli ad un desiderio pio o morale del testatore. T'istituisco erede con l'obbligo di fermare il tuo domicilio nel mio paese, dove continuerai il lustro e lo splendore della mia famiglia. Dono la mia libreria alla Biblioteca Nazionale,

¹⁾ MEISTER, *Diss. de eo quod inter cond. resol. et mod. intersit* (1768); MENCKEN, *Diss. de modo legatis adscripto* (1729); HACKEMANN, *Exerc. de usu pratico distinctionis conditionem inter et modum* (1751); CORDES, *Specimen de modo* (1782); LEHMANN, *Diss. de modo negotiis adscripto* (1833); WINDSCHEID, *Die Lehre des röm. R. von der Voraussetzung* (1850); SCHEURL, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen*, S. 245 (1871).

²⁾ Il *modus* si trova ordinariamente nelle donazioni e nelle disposizioni *mortis causa*, ma può aversi anche in altre disposizioni unilaterali, così in una concessione di privilegio, in una pollicitazione, ecc., (BEKKER, *Pand.*, II, § 118, not. e). Qualche scrittore ritiene sia ammissibile il modo anche nei contratti onerosi. Così il MACKELDEY (*Pand.*, I, § 181), il GLÜCK (*Pand.*, II, § 336). Però in tal caso non veggo qual differenza possa farsi tra il *modus* ed ogni altra obbligazione corrispettiva accessoria assunta dal contraente. Il LAROMBIÈRE dice che il modo potrebbe considerarsi come una circostanza aggravante dell'obbligazione (art. 1168, n. 3).

con l'onere di ammettere gli studiosi al prestito dei libri. Do una villa ad una città, col dovere di tenerla aperta al pubblico. In tali casi non si può disconoscere che al legatario è fatto un obbligo, ch'egli assume coll'accettazione della liberalità e che deve adempire, sebbene non si tratti di un obbligo di natura patrimoniale. Del resto, come un testatore può fare dipendere la disposizione vantaggiosa da un'azione del legatario, la quale può rappresentare la soddisfazione di un interesse morale e d'affezione, così egli può direttamente ed incondizionatamente avvantaggiare, gravando l'obbligo di questa stessa azione desiderata.

Il Windscheid ¹⁾, sedotto da questa che è la caratteristica ordinaria del *modus* di diminuire il valore dell'elargizione principale, arriva fino al punto di negare ch'esso colpisca l'effetto giuridico della disposizione, ma soltanto l'elemento economico, e che quindi debba escludersi come estraneo alla teoria della dichiarazione di volontà. Il *modus*, secondo il W., non è un'autolimitazione della volontà, ma una forma di presupposizione, cioè una di quelle circostanze che rappresentano il motivo per cui la dichiarazione fu emessa e che servì come di fondamento e di causa giustificativa della dichiarazione. L'efficacia del *modus* si spiega per ciò che venendo a mancare il presupposto della volontà, l'effetto giuridico non corrispondendo al vero volere dell'autore della dichiarazione deve anche esso cessare.

Senonchè questa dottrina è inesatta, per ciò che la presupposizione non è essa medesima una autolimitazione di volontà, ma la causa originaria e generatrice della volontà. La presupposizione è quella serie di fini che il dichiarante si propose di raggiungere colla dichiarazione e che furono quelli anzi che lo spinsero a volere. Quindi, la conseguenza che i presupposti non limitano in alcun modo la volizione, ma ne sono invece *i motivi determinanti*, ed esistono come tali, non solo rispetto alla volontà principale, ma anche rispetto alle limitazioni in cui questa si determina ²⁾.

D'altra parte se fosse vero che il *modus* operasse come un aspetto del presupposto, si dovrebbe avere, per la mancanza della volontà, in primo luogo la inefficacia della disposizione, e subordinatamente la costrizione all'adempimento dell'onere. Mentre invece si ha tutto

¹⁾ *Pandekten*, § 97, n. 1.

²⁾ CLAPS, *I presupposti della dichiarazione di volontà* (*Foro It.*, 1897, I, 1019). GRADENWITZ, *Ueber den Begriff der Voraussetzung*, § 5.

il contrario: l'onorato è tenuto direttamente all'esecuzione del modo, e soltanto dalla sua inadempienza può derivare talora la risoluzione della liberalità ¹⁾. Quindi è da conchiudersi col Dernburg ²⁾, che l'annullamento avviene non perchè l'adempimento del *modus* è presupposto, ma perchè il *modus* forma una parte essenziale del negozio.

Del resto tutta la teoria della presupposizione ha un carattere ondeggiante, perchè costringe in ogni atto ad entrare in una ricerca psicologica che può riuscire pericolosa alla sicurezza del commercio, poichè spesso sotto il largo mantello della presupposizione possono essere ricondotti tutti i motivi del volere come cause d'annullamento ³⁾.

Il *modus* è invece una vera autolimitazione della volontà, più debole però della condizione, perchè non fa dipendere come questa l'effetto giuridico dall'avveramento della circostanza condizionata, ma fa seguire subito l'effetto, ammettendo però la possibilità di farlo venir meno e risolvere, se l'azione modale non si compie.

La condizione ed il modo si distingue per ciò, che mentre l'una sospende l'efficacia del negozio fino all'avveramento, ed implica incertezza nell'esecuzione, nel modo invece il negozio esiste fin dall'origine puro e perfetto, ed opera quindi il trasferimento dei diritti patrimoniali a titolo di erede o di legato: soltanto questo acquisto è gravato da un onere, mancando al quale può aversi la risoluzione del negozio. Nella disposizione condizionata il vocato rimane nell'aspettativa che la condizione si avveri, e se si tratta di una condizione rimessa ad un'azione di lui, egli può farla avverare, ma non *deve* farla avverare. Invece coll'accettazione di una disposizione modale, il ricevente assume l'obbligo di eseguirla ed è giuridicamente vincolato, così che la sua inadempienza dà diritto a far risolvere la disposizione a lui conferita ⁴⁾.

¹⁾ SEGRÉ, *Osservazioni alla teoria del presupposto* (Filangieri, 1890, p. 337).

²⁾ *Pandekten*, I, § 115, S. 269.

³⁾ REGELSBERGER, *Pand.*, § 166, S. 607.

⁴⁾ Cfr. L. 80 D. 35, 1, 17 § 2 D. 40, 4 e 44 D. *cod.*: CUJACIO, *Observat.*, l. XIV, c. 25. La decadenza però non avviene di dritto, ma dev'esser preceduta da una formale messa in mora e dev'esser pronunziata dal giudice. Ed in ciò appunto si distingue dalla condizione risolutiva che opera *ipso iure* e senza *iudicialis interpellatio* (V. MEISTER, op. cit.). Il modo è una specie di condizione risolutiva tacita.

L'azione per costringere all'adempimento o per la ripetizione del *datum* compete sia al donatore o disponente e suoi eredi o all'esecutore testamentario, se fu nominato per l'esecuzione dell'onere, od al terzo in vantaggio del quale il modo fu stabilito (3 Cod. VIII, 54).

Perciò egli deve prestare cauzione per l'adempimento (40 § 5, 71 § 1 D. 35, 1)

Secondo gli scrittori di diritto comune, a criterio di distinzione fra la condizione ed il modo si adoperava l'elemento materiale e più appariscente dell'antiorità o posteriorità dell'adempimento dell'onere rispetto alla consecuzione del vantaggio disposto. Così il Fierli che riassume la teoria dell'Aretino ¹⁾.

« Neglecta formalitate verborum, dispositio dicenda erit conditionalis si adimplementum oneris iniuncti *praecedere* debet emolumenti assecutionem.... E converso, dispositio erit modalis, si implementum oneris iniuncti sit *successivum* et *praecedentem* supponat emolumenti acquisitionem, poenamque formalis privationis importet » ²⁾.

Dal *modus* si deve anche distinguere la semplice raccomandazione o consiglio, che il disponente fa al legatario o donatario sull'impiego della liberalità di cui l'avvantaggia. È questa improduttiva d'effetti giuridici e quindi non vincolante per il favorito. Così dono cento a Tizio per comprarsi un fondo (71 D. 35, 1) o per seminare il suo campo o per costruirsi una villa (13 § 2 D. 24, 1). In questi casi il disponente manifesta un desiderio, che può essere seguito o no, a libertà del ricevente. Talora anzi questo desiderio è stato il motivo della liberalità, ma anche questo è senza importanza. Donai dieci a Tizio per comprarsi Sticho. Essendo morto Sticho prima della compera, posso io ripetere il denaro? Giuliano risponde: È quistione di fatto. Se tu dasti il denaro ad oggetto di comprare Sticho, e non altrimenti, ti compete l'azione. Ma se avendo l'intenzione di donare, ed avendoti il donatario mostrato il desiderio di comprare quel servo, tu gli donasti per tal fine, ciò non è una condizione ma la causa della donazione, ed anche dopo la morte di Sticho, *pecunia apud Titium remanebit* (2 § 7 D. 39, 5).

Queste tradizioni ci autorizzano dunque a reputare come non corretta la distinzione che si suole fare da taluni, tra *modus simplex*, cioè la raccomandazione, e *modus qualificatus* ³⁾. Il *modus simplex* non è un *modus* ⁴⁾.

¹⁾ *Celebr. Doct. Theor.*, I, ad L. 134 D. *de V. O.* Vedi pure CUIACIO: « *conditio est causa quae praecedere praestationem debet, modus est causa vel conditio quae sequi praestationem potest* ».

²⁾ Nel dubbio deve intendersi che si tratti di un *modus* anzichè di una condizione, nell'interesse del mantenimento del negozio (DERNBURG, *Pand.*, I, § 115, S. 268) ed anche perchè è da presumersi una minore limitazione (REGELSBERGER, *Pand.*, § 166, S. 605).

³⁾ Così il GLÜCK, *Erläut. der Pand.*, II, § 336.

⁴⁾ Vedi SAVIGNY, *System*, III, § 128; ARNDTS-SERAFINI, I, § 74. Il BÖCKING

Per distinguere poi il modo dal consiglio deve badarsi non solo alla forma più o meno categorica o remissiva, in cui è espressa la volontà del disponente, ma alla natura dell'azione voluta, la quale se è nell'esclusivo vantaggio del legatario o donatario, senza che il disponente vi abbia neanche un interesse morale o personale di soddisfazione propria, si reputerà come una raccomandazione ¹⁾).

Ma il *modus* resta fermo ed efficace anche se non sia accompagnato da un'espressa pena o decadenza ²⁾).

41. Il modo, abbiamo visto, impone obbligatoriamente una prestazione od azione al donatario o legatario. Ora quest'azione imposta può essere illecita, ed in tal caso il ricevente non è tenuto a soddisfarla ³⁾).

Nel dritto R. troviamo esempi numerosi di disposizioni modali illecite. Basta accennare a due soli. Un testatore in frode della L. Fusia Caninia, dopo avere esaurito il numero degli schiavi che poteva manomettere, legò un altro servo, affinchè fosse manomesso dal legatario. Paolo decide: il legato è valido, ma il legatario non è tenuto ad adempiere la volontà del testatore: « *quoniam toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum* » (37 D. 35, 1).

A Tizio furono lasciate cento monete, affinchè non si dipartisse dal monumento del testatore, ovvero affinchè fermasse il domicilio in quella città. Papiniano dichiara questo modo invalido, *per quam ius libertatis infringitur* (71 § 2 D. 35, 1).

Il modo essendo fatto per obbligare all'azione illecita (*ut faciat*) è sempre nullo; però, trattandosi di una dichiarazione di volontà sottordinata e non connessa al contratto principale, può questa nullità non inficiare il negozio intero. Ciò dipende dal legame in cui sta la dichiarazione modale con la dichiarazione prima, e la decisione si ricollega ai principî, che avremo occasione di svolgere sul concorso della liceità ed illiceità nello stesso negozio.

(*Inst.* I, § 42): « La moderna partizione del *modus* in *simplex* e *qualificatus*, ammettendo un *modus* che non obbliga, è da rigettare tanto nella forma quanto nel contenuto ».

¹⁾ Sul *merum rotum*, cfr. TROPLONG, *Donat. et test.*, n. 386 e LAROMBIÈRE, II, 1118, n. 18.

²⁾ Deve esser sicuro, dice il WINDSCHEID (*Pand.*, I, § 98, n. 3) che chi fa l'attribuzione abbia effettivamente voluto imporre un onere, non solamente dare un consiglio.

³⁾ Cfr. ARNDTS-SERAFINI, I, § 74; BEKKER, *Pand.* II, § 118, n. 4; REGELSBERGER, *Pand.*, § 166, n. 6.

Il modo, essendo un'obbligazione imposta all'onorato, si può raggruppare nel concetto dell'illiceità obbiettiva: in quanto l'onere o per sè stesso è proibito od ha per contenuto una violazione delle leggi e dell'*honestas publica*. Soltanto che il *modus* riguarda una parte sola del negozio, e quindi si risolve in una illiceità obbiettiva parziale: ma del resto esso non è un concetto a sè, nè può formare una speciale categoria di negozio illecito.

42. Così noi possiamo venire ad una tripartizione delle forme in cui si può presentare il negozio illecito: *negozio obbiettivamente illecito, negozio causalmente illecito, negozio condizionato illecito*.

Nel primo la illiceità è nella sostanza dell'atto, negli altri la illiceità o precede od è consecutiva, il negozio causale torna da una illiceità, il negozio condizionato si avvia ad una illiceità.

Di queste tre categorie risulta la struttura del negozio illecito, cioè perchè il negozio diventi illecito, bisogna che assuma una di queste tre forme: fuori di esse la illiceità non ha importanza.

Prendendo ora a fondamento questo schema, che circoscrive in modo rigoroso il campo giuridico della illiceità, si viene a queste conseguenze:

1.º Di tenere in ogni caso per irrilevante la intenzione che anima le parti nelle loro contrattazioni. Un negozio non può diventare mai illecito per lo scopo dei contraenti. È questo un principio che segna un gran passo nella sicurezza del commercio giuridico e che imprime al negozio illecito un carattere di fissità che allontana il pericolo di disastrosi sconfinamenti ¹⁾. Noi abbiamo parlato, è vero, nel negozio condizionato di una immorale tendenza ed intenzione del disponente a spingere il donatario ad una violazione delle leggi o dei buoni costumi, ma in tal caso l'elemento intenzionale si è già integrato e reso palese per la condizione, e non si va a cercarlo fuori di essa o più in là, nella mente del disponente. Ivi non si tratta più dell'intenzione vagante ed indecisa ed invisibile dell'autore, ma della intenzione già incorporata ed incarnata nel negozio condizionato.

Astraendo così dall'elemento subbiettivo per ritrovare la illiceità dei negozi, si avvertono subito le esagerazioni in cui è caduta spesso la giurisprudenza straniera, specialmente francese ed inglese, troppo

¹⁾ Nei motivi del codice germ. § 105, è detto che vi è nullità se il contenuto di un negozio, *immediatamente ed in modo obbiettivo e senza tener conto del lato subbiettivo*, viola i buoni costumi. Cfr. DERNBURG, *Pandekten*, II, § 16, n. 17.

tenera dei principi di moralità e di giustizia, anche a rischio di sconvolgere le più oneste relazioni giuridiche.

Un tale aveva comperato delle bottiglie di champagne da smaltire fra gli avventori di una casa di tolleranza: il venditore conosceva tale uso. Fu annullata la vendita come avente una causa contraria ai buoni costumi ¹⁾. Un gioielliere vendette degli oggetti d'ornamento ad una ragazza, sapendo ch'essa l'acquistava per farne sfoggio nell'esercizio del suo triste mestiere: il negozio fu ritenuto immorale ²⁾.

Anche nulle sono state spesso ritenute le locazioni fatte alle prostitute, gli affitti di stanze mobigliate a *demi-mondaines* e simili ³⁾.

Invece qui si tratta di contratti che non rientrano in alcuna delle tre cennate categorie, e che sono validi, avendo oggetto e causa lecita ⁴⁾.

Il Lotmar cita l'esempio di un marito che vende la sua casa per lo scopo conosciuto dal compratore di procurarsi i mezzi per emigrare, abbandonando sul lastrico la moglie ed i figli: in questo caso egli certamente ha un'intenzione indegna e *contra legem* (la diserzione della famiglia) ed il contratto presta aiuto all'immoralità, eppure il negozio è efficace ⁵⁾.

Un mutuo conchiuso per uno scopo turpe conosciuto dal mutuario, è secondo il diritto romano e nostro, valido ⁶⁾.

Così pure un mandato ispirato da fini riprovevoli, noti al man-

¹⁾ BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de dr. civ.*, II, n. 853.

²⁾ KOHLER (*Archiv für bürg. Recht*, V, S. 202).

³⁾ *Espinasse's Reports*, I, 13.

⁴⁾ Il RAVIT, op. cit., riferisce una ben motivata decisione dell'*Oberappellationsgericht v. Lübeck* (10 gennaio 1874) in cui fu ritenuta la validità di un contratto di vendita conchiuso sull'inventario di arredi e mobili di un postribolo: « Le obbligazioni sorgenti da un tale contratto non sono in generale dirette a qualche cosa d'immorale, poichè non è nè immorale pagare un prezzo nè trasmettere in un altro certi vantaggi patrimoniali. Manca completamente una speciale ragione giuridica perchè si debba dichiarare nullo un contratto per ciò solo che ha per contenuto delle masserizie che sono state usate o possono essere usate per un postribolo ».

⁵⁾ Op. cit., S. 77.

⁶⁾ Cfr. LOTMAR, op. cit. Nota 105; RAVIT, op. cit., S. 67: « Per la validità del contratto di mutuo deve considerarsi come indifferente che il prestante conoscesse lo scopo immorale al quale il denaro mutuato deve impiegarsi ». Invece per il dritto inglese un tale mutuo sarebbe nullo. Cfr. POLLOK, *Principles of contract.*, p. 323.

datario, ma che ha per oggetto una prestazione lecita non è giuridicamente immorale ⁴⁾).

Ma così il mutuo, come ogni altro contratto, deve ritenersi illecito, quando, per l'intenzione che lo anima, costituisce esso medesimo un delitto e quindi è proibito e punito dalla legge:

fr. 17 D. 48, 9. « Si sciente creditore *ad scelus committendum* pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni mali comparationem, vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent: *parricidi poena tenebitur*, qui quaesierit pecuniam, *quique eorum crediderint aut a quo caverint . . .* ».

In tal caso il mutuante è punito come complice del delitto di parricidio. Lo stesso si dica del comodato di un'arma prestata scientemente per far compiere un delitto, o il deposito di *res furtivae*, ecc., in cui si hanno rispettivamente la complicità nel reato d'omicidio, o il favoreggiamento o la ricettazione, ecc.

Viceversa, uno scopo legittimo ed onesto non può rendere valida una convenzione che per sé è riprovata dalla legge.

Spesso è un'intenzione saggia del testatore quella che lo spinge ad imporre al legatario od erede un sacrificio della sua personalità; eppure la legge astraendo dal fine benevolo del disponente, dichiara obbiettivamente turpe la disposizione.

Un testatore, conoscendo la prodigalità del suo erede, gli vieta assolutamente di disporre e godere delle sostanze lasciategli, e ne dà l'amministrazione a terzi, con l'incarico di corrispondergli una rendita vitalizia, costituendo questi in uno stato di vera incapacità legale. Si sostenne la disposizione valida, perchè era prudente ed onesto lo scopo per cui era stata ordinata. La Cass. di Torino, dichiarandone la nullità, rispondeva: « È vano poi l'addurre che lodevole fosse l'intendimento del testatore, d'impedire che venissero le sue sostanze dilapidate dall'erede, e che perciò sia da rispettarsi. Lodevole per certo era l'intento, ma illegali sono i mezzi » ⁵⁾).

43. 2.º Di negare valore giuridico alle circostanze che accompagnano il negozio. Questo non può diventare mai illecito per i mezzi ingiusti ed immorali con cui fu compiuto, ma la illiceità deve cadere nel contenuto di esso ⁶⁾. Quindi il negozio stato carpito con

⁴⁾ Cfr F. LONGO, *Del contratto immorale e del mandato ad esso relativo* (Giur. Ital., anno LIII, 1901, pag. 89 e seg.).

) *Foro Ital.*, 1891, 1, 199.

) RAVIT, op. cit.: « Si metterebbe seriamente a pericolo la sicurezza della vita giuridica, se si volesse dichiarare la invalidità di un contratto, per la considerazione delle circostanze in cui questo sarebbe compiuto ».

dolo od estorto per violenza o *conceptum in fraudem*, sarà secondo i casi rescindibile o revocabile per espressa disposizione di legge, ma non può dirsi illecito e nullo.

Che nel caso della *vis* e del *dolus* si tratti veramente di mezzi immorali di conchiusione del negozio, e non di vizi del consenso, si dimostra perciò che tanto nel dritto romano, quanto nel dritto nostro il *metus* per viziare la convenzione deve essere *illatus et iniustus* e che quindi un timore subiettivo e non determinato da minaccia alcuna, come il timore concepito per il giusto esercizio di un dritto altrui, non produce conseguenze giuridiche. « Sed vim accepimus atrocem, et eam quae *adversus bonos mores fiat* » (3 § 1 D. 4, 2) Ulp. L. 11 *ad Ed.*

Lo stesso si dica del dolo: « si stipulatio *tam turpis* dolo malo facta sit » (1 § 5 D. 4, 3).

Quindi, secondo il diritto nostro non sarebbero illeciti i negozi con cui alcuno, profittando di un sinistro, così d'un allagamento, d'un incendio, d'un naufragio, si facesse promettere una somma enorme per salvare altrui dal pericolo che lo minaccia. In questo caso non sarebbe neanche ammissibile l'azione rescissoria per violenza, in conformità di più testi del dritto romano che dichiarano in simili circostanze l'obbligazione contratta inattuabile.

fr. 9 § 1, *quod metus causa*, 4, 2. « Sed licet vim factam a quocumque Praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait: Si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid te accepero vel te obligavero, *non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi*. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor ».

(Cfr. 34 § 1 D. 37, 5 e Paul. *Sent. Rec.* l. 5, t. 10 § 7).

In questi casi il salvatore può dire come nel testo citato: Io non faccio che ricevere il prezzo dell'opera mia, la violenza non mi riguarda. Però quando il *coactus* era in tale parossismo di terrore da giungere alla perdita della coscienza e quindi da escludere la volontà, l'obbligazione contratta è nulla ¹⁾, restando al salvatore un dritto di credito per quasi gestione di negozio ²⁾.

¹⁾ Cfr. codice di marina mercantile, art. 127: « Nessuna convenzione o promessa di mercede per assistenza al salvataggio, tanto della nave, come delle persone o mercanzie sarà obbligatoria, se sia fatta in pieno mare o al momento del sinistro ».

Qui è elevata una presunzione d'incapacità intellettuale, determinata dalle circostanze di pericolo in cui l'obbligazione fu contratta.

²⁾ Il CLAPS, in una nota critica intorno alla influenza dello *status necessitatis*

Questa mi sembra la via giusta in caso di promesse esagerate che suppongono un difetto di volere, e credo arbitraria ed illegale la soluzione adottata dalla giurisprudenza della riduzione equitativa della promessa ¹⁾.

Parimenti non sarebbero illeciti secondo il dritto nostro i negozi con cui alcuno, ingannando mercè raggiri fraudolenti il contraente, si facesse promettere o prestare da questi un vantaggio, o con cui un debitore si rendesse fraudolentemente insolvente od inadempiente ai suoi obblighi.

Non sono neanche illeciti i negozi ottenuti per suggestione, o, come si dice nelle disposizioni d'ultima volontà, per captazione. La captazione è un misto indefinibile di violenza e di dolo, ed è inessatto volerne fare una sottospecie di essi, poichè costituisce una figura a sè ed ha una fisionomia propria. Sotto questo nome s'intende in genere ogni manovra od artificio doloso per cui una persona, influendo sull'animo altrui o coll'ascendente morale che vi esercita o con intimidazioni o con insinuazioni calunniose, allontana tutti gli altri possibili eredi e ne arriva a carpire l'eredità. Una disposizione captata è nulla. Ma la inefficacia qui deriva per la mancanza di spontaneità nella disposizione e quindi per l'assenza di volere, non per illiceità del contenuto della disposizione.

sulla dichiarazione di volontà (Foro, 1898, I, 1364), giunge allo stesso risultato di ritenere la nullità dell'obbligazione assunta in un momento di terrore occasionato da eventi naturali, perchè *sine consensu*, ma riconosce a carico di chi è soccorso un'obbligazione *ex lege* verso il salvatore, configurandola come un'*actio de in rem verso*. Questa costruzione non mi pare accettabile. Infatti l'azione *de in r. v.* per la sua origine storica presume un arricchimento indiretto che deriva ad un terzo per il negozio concluso fra due altre persone. Ora, nel caso, manca la *locupletazione*, non potendosi considerare il salvamento della vita come acquisto di un vantaggio economico, manca la *provenienza indiretta* ed il *rapporto giuridico alieno* da cui l'arricchimento deriva.

¹⁾ Esattamente invece decideva la Cass. di Torino, 30 gennaio 1895 (Legge, 1895, II, 48), nel reputare lecita la convenzione tra medico e malato circa la ricompensa della cura, ritenendo tuttavia nullo il contratto quando per l'esageratezza della promessa si scorgesse una turpe speculazione del primo ed un difetto di capacità mentale nel secondo. « Non è contraria alla legge la convenzione con cui l'ammalato si obbliga di corrispondere al medico una somma determinata a compenso delle cure che questi sarà per prestargli. Ma se l'ammalato sia o si creda di essere in grave stato e bisognoso di urgente cura, ed il medico gli ponga per condizione della sua assistenza la preventiva promessa di una retribuzione in una somma relativamente enorme, l'adesione che quegli presta a siffatta pretesa non sarebbe efficace *per mancanza di valido consenso* ».

Finalmente non è secondo il diritto nostro neanche illecito il contratto *sfruttatorio*, di cui ci ha dato la formula il nuovo codice germanico.

§ 138 abs. 2. È nullo in special modo quel negozio giuridico, col quale qualuno abusando del bisogno, della leggerezza e dell'inesperienza altrui (*der Notlage, des Leichtsinnes, der Unerfahrenheit*) fa promettere o dare a sè o ad un terzo per una prestazione vantaggi patrimoniali che superano talmente il valore della prestazione, che, fatta ragione delle circostanze economiche, i vantaggi si trovano in evidentissima sproporzione colla prestazione.

È insomma una specie di contratto lesivo, aggravato da speciali circostanze che lo rendono il frutto di un'indegna speculazione, e di cui si hanno esempi nei contratti usurari, nei mutui ai figli di famiglia, ecc. In tali casi si fa dipendere l'inefficacia del negozio dalla immoralità delle circostanze che lo accompagnano e dei mezzi di conchiuisione di esso. Ma nel nostro diritto la illiceità non può dipendere se non dalla riprovevolezza della prestazione o della causa o della mente del disponente espressa per via di condizione, cioè che non avviene nel contratto *sfruttatorio*, dove la prestazione e la causa sono lecite, ma si vuol punire l'abuso del bisogno e della inesperienza altrui ¹⁾.

44. 3.° Di non tenere conto della immoralità che può occasionare esternamente il negozio, il quale in sè stesso sia lecito.

Quindi, secondo il nostro diritto, non sarebbe neanche illegittimo un negozio contenente lesione anche gravissima, e costituente una vera spoliazione a danno di un povero contraente che addivenne al contratto pressato da ineluttabili necessità ²⁾.

Talora anche l'esercizio di un dritto può risolversi in un'azione immorale. Così il creditore che riduce all'elemosina il debitore insolvente, od il locatore che dà lo sfratto al suo inquilino, lasciandolo senza tetto colla sua numerosa famiglia, od il padrone che immiserisce il salario dell'operaio con il gravamento di forti multe in seguito ad errori nel lavoro ³⁾.

Così pure tutti gli atti ad emulazione, con cui si esercita un

¹⁾ Cfr. N. COVIELLO, *L'equità nei contratti*.

²⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Einführung*, § 103, S. 443: « Il giudice non ha in alcun modo il dritto di controllare l'obiettiva giustizia del valore dei beni scambiati. La garanzia secondo il nostro dritto per questo riguardo sta nella libera determinazione del commercio: la sicurezza assoluta della fiducia contrattuale è il primo e positivo comando dei buoni costumi ».

³⁾ LOTMAR, *op. cit.*, S. 5; FICHTE, *Gesch. des Naturrechts*, I, S. 52.

diritto senza utile proprio e con animo di danneggiare altrui, e che sono permessi sebbene immorali.

Si vede perciò, che non da una vaga e generica comparazione del negozio coi principî della morale può desumersi il giudizio sul suo carattere giuridico, ma soltanto dall'esame se il negozio rientra in una di quelle forme tipiche d'illiceità riconosciute dal diritto come producenti l'effetto della invalidità civile.

45. Dopo avere esaminato in che consiste l'illecito e studiata la sua struttura organica, occorre dare fuggacemente uno sguardo al campo d'applicazione della illiceità. Questa può riscontrarsi tanto nei negozi giuridici unilaterali, quanto in quelli bilaterali.

Così una disposizione testamentaria diretta ad istituire o dotare enti religiosi soppressi, o per cui è dettata una sostituzione fedecommissaria o per cui è ordinata all'eredità un'azione vituperevole ed illegittima. « Si quis scripserit testamento fieri quod contra ius est vel bonos mores, non valet » (L. 112 § 3 *de leg.*, I), poichè « nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant » (55 D. *de leg.* I) ¹⁾. Così pure un testamento con cui s'incarica l'eredità di adottare una persona (41 § 8 *de leg.* III), o di emancipare suo figlio (114 § 8 *de leg.* I), poichè nessuno può essere obbligato all'esercizio dei suoi diritti personali.

Atti unilaterali illeciti sarebbero anche il riconoscimento di un figlio adulterino od incestuoso, od un atto di fondazione che abbia per contenuto una destinazione ed una funzione contraria alle leggi ed al buon costume.

L'Obergericht di Pennsylvania riconobbe l'illiceità di una fondazione che aveva per scopo di diffondere l'ateismo ²⁾.

Ma il campo in cui la illiceità si manifesta più di frequente è quello contrattuale, prestandosi i contratti a divenir più facilmente

¹⁾ Nel diritto romano si consideravano come disposizioni d'ultima volontà illecite le disposizioni *infamanti*, cioè fatte piuttosto per svergognare e disonorare l'eredità, che per spirito di liberalità: « Turpia legata, quae denotandi magis legatari gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur » (L. 54 D. *de leg.*, I). Invece nel diritto nostro sono valide, mancando un espresso richiamo legislativo. Del resto, anche per diritto romano le disposizioni solamente accompagnate da contumelie ed imprecazioni contro l'istituito (*cum convicio, cum maledicto*) erano efficaci. Cfr. 48, § 1 *de her. inst.*, 28, 5: « Illa institutio valet: Filius meus impiissimus, male de me meritus heres esto. Pure enim instituitur cum maledicto, et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt » (MARCIAN., l. 4 *Inst.*).

²⁾ Cfr. RÜTTIMANN, *Kirche und Staat in N. Amerika*, S. 140, cit. in REGELSBERGER, *Pand.*, I, § 88.

strumento di violazione delle leggi e della moralità. Alcuni casi importanti in materia contrattuale, in cui può presentarsi un illecito sono gli *statuti d'associazione* e le *tariffe e condizioni di lavoro*.

Infatti, se è permesso ad una corporazione di assegnare a sé stessa delle norme onde regolare il proprio mantenimento ed il raggiungimento dei fini per cui fu fondata, è però imposto che queste norme non si mettano in urto con le leggi civili e con la coscienza morale del popolo.

Questo principio troviamo anche sanzionato nel diritto romano.

L. 4 D. 47, 22: « His autem collegiis potestatem facit lex pactio- nem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant »; e Gaio ci avverte che questa disposizione era stata tolta da una legge di Solone che suona in questi termini: « Si autem Plebs, vel fratres, vel sacrorum sacramentales, vel nautae, vel confrumentales, vel qui in eodem sepulcro sepeliuntur vel sodales qui et simul habitantes sunt (enimvero ad negotiationem aut quid aliud): quidquid hi disponent ad invicem firmum sit, nisi hoc publicae leges prohibuerint ».

Un altro campo favorevole per l'illecito è quello delle tariffe e condizioni di lavoro. Si suole infatti nei grandi opifici, negli stabilimenti industriali ed imprese di lavori, pubblicare dal padrone od impresario le condizioni di locazione, sì che ogni operaio prestando la propria opera implicitamente le accetta, e sa il trattamento economico-giuridico cui è sottoposto. Siccome in tali casi, piuttosto che di condizioni liberamente consentite, si tratta di condizioni già precedentemente fissate dal padrone, alle quali l'operaio dovrà in tutti i casi *bon gré mal gré* sottomettersi, è naturale che spesse volte vi si trovino delle clausole odiose, dei patti sfruttatori ed illegittimi, a cui dovrà negarsi efficacia giuridica.

La illecità poi si può trovare indifferentemente tanto nei negozi tra vivi che per causa di morte, così nei negozi corrispettivi come in quelli a titolo gratuito ¹⁾.

46. Infine vediamo le diverse specie d'illecità.

La illecità può essere *assoluta* o *relativa*, *totale* o *parziale*, *perpetua* o *temporanea*, *manifesta* o *simulata*.

L'illecità è assoluta, se sussiste *erga omnes* e risulta dal negozio in sé stesso, indipendentemente dalle persone che lo contraggono.

¹⁾ Così può aversi anche un'immoralità nella costituzione di un dritto reale, così una servitù per pretendere una immoralità. Vedi KOHLER (*Archiv für bürg. Recht*), V, S. 249.

L'illiceità è relativa, quando il negozio in sè è innocente, ma acquista un carattere pericoloso e sospetto per le persone che entrano in quella relazione giuridica. Non già che queste persone per la loro infamia vengano quasi a contaminare il rapporto e lo rendono iniquo, o ch'esse siano assolutamente incapaci di compiere ogni negozio, poichè la loro presenza inficia la convenzione; ma la relazione che si sviluppa tra il dato negozio lecito e la data persona capace è di tal guisa da urtare ai principî del dritto.

È come la combinazione chimica di due sostanze innocue che genera il veleno. Così un contratto fra avvocato e cliente sui diritti litigiosi affidati al suo patrocinio, una donazione tra marito e moglie, un legato del *de cuius* al notaro che redasse il testamento, e simili. A questa categoria si raggruppano i vari casi d'*incapacità proibitiva* riguardati dal nostro codice agli articoli 307 c. v., 768, 769, 770, 771, 772, 1054, 1458, 1555, 1704, 1781, ecc.

La illiceità del negozio *contra bonos mores* e contro l'ordine pubblico è sempre assoluta.

La illiceità poi può investire ed inficiare l'intéro atto, o può soltanto toccare una parte di esso. Nell'un caso la illiceità è totale, nell'altro parziale. Così una clausola od un'obbligazione modale illecita aggiunta accessoriamente ad un negozio principale valido.

Infine la illiceità può essere permanente, se la proibizione condanna un negozio in perpetuo. « *Quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio* » (36 § 1 D. 45, 1) oppure temporanea, se il divieto dura finchè sussistono certe circostanze che legittimano la proibizione.

Ogni illiceità relativa è anche temporanea.

In ultimo la illiceità può presentarsi manifesta e visibile nel negozio, oppure coperta e nascosta sotto una forma simulata: in questo caso sono applicabili le norme comuni a questo istituto.

CAPITOLO II.

Applicazione

47. Finora noi abbiamo studiato il negozio illecito in astratto, cioè abbiamo esaminato teoricamente da che può risultare una illiceità ed i modi in cui questa può presentarsi: ma ora bisogna venire all'esame concreto dei singoli casi in cui si riscontra una violazione delle leggi e dei buoni costumi, cioè in cui, in applicazione dei principii esposti, debesi riconoscere un negozio illegale o immorale o contrario all'ordine pubblico. In questo campo acquista un valore grandissimo la giurisprudenza, che, come l'espressione della coscienza giuridica del paese, ci dà una determinazione obbiettiva casuistica del negozio illecito ¹⁾.

La illiceità risultando o dalla violazione di una legge proibitiva d'interesse pubblico, o dall'urto contro la morale, o dalla deroga ad una legge imperativa, questa trattazione andrà divisa in tre parti, in cui rispettivamente raggrupperemo le principali manifestazioni in cui la volontà umana offende in queste tre forme l'ordine giuridico.

I. — NEGOZI ILLEGALI.

Noi anzitutto percorreremo il diritto di famiglia, poi il diritto delle obbligazioni, indi il diritto successorio, andando spigolando per via tutte quelle proibizioni che con sicurezza possono ritenersi det-

¹⁾ Cfr. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts, Einführung* § 103 S. 437. « Il principio dei buoni costumi è solo da desumere da una positiva e specialmente casuistica determinazione di ciò che nel senso della prassi giuridica corrisponde in ogni caso ai nostri buoni costumi ».

tate da un interesse generale: questo fascio di divieti raccolti sarà come di illustrazione al concetto d'interesse pubblico che anima le leggi proibitive *perfectae*, ed abituerà il senso giuridico a riconoscere la nota distintiva che le caratterizza.

A. Diritto di famiglia.

Il negozio di famiglia tipico è il matrimonio.

Il matrimonio è proibito in modo assoluto, a chi è già vincolato da matrimonio precedente (56) essendo secondo i nostri costumi e le condizioni sociologiche del nostro popolo, la società famigliare essenzialmente monogamica. È proibito altresì fra persone unite da comunione di sangue, come fra discendenti ed ascendenti o fra collaterali fino al terzo grado (59) ¹⁾, e per ragioni di pubblico decoro fra quelli che sono legati da parentela civile (60). Infine le nozze sono vietate fra l'autore o complice dell'omicidio di un coniuge col vedovo o la vedova superstite (62).

Un matrimonio contrario a tali divieti è assolutamente nullo e da Papiniano è espressamente chiamato « *illicitum matrimonium* » (L. 61 D. *de rit. nupt.* 23, 2).

Il riconoscimento e la legittimazione non possono aver luogo in favore dei figli adulterini ed incestuosi (180, 195).

L'adozione non è ammessa rispetto ai figli naturali (205) o riguardo al tutore verso la persona di cui ebbe la tutela, prima del rendiconto (207). Quest'ultima norma riproduce il principio sancito dal diritto romano alla L. 17 D. 1, 7: « *Nec ei permittitur adrogare qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti annis sit qui adrogatur, ne forte ideo eum adroget, ne rationes reddat* » (Ulp. L. 26 *ad Sab.*).

Infatti il pericolo che il tutore non si sottraesse alla responsabilità per la dilapidazione delle sostanze del pupillo, ricorrendo alla sua adozione, doveva indurre la legge a porre un riparo a tale ripiego, che poteva divenire un mezzo di spoliazione e di sfruttamento, reso assai facile dall'autorità del tutore e dalla intimità dei rapporti di convivenza.

Nel diritto romano l'adozione era anche proibita alle donne, salvo uno speciale privilegio del principe. Cfr. « *Affectio destinatae ac illicitae adoptionis, ad bonorum dominium ei quaerendum sola non sufficit* » (c. 8 Cod. VII, 33).

¹⁾ Eccezionalmente, per gravi motivi, può dispensarsi dagli impedimenti dell'affinità di secondo grado e collateralità di terzo grado, per decreto reale (68).

48. B. *Diritto delle obbligazioni.*

a) *Patti successori* ¹⁾. — La dottrina comune designa in genere con questo nome tutti quei contratti che si riferiscono alla successione futura e non ancora aperta dei contraenti stessi o di un terzo. Ragione di questo divieto s'indica la immoralità del patto che contiene un *votum captandae mortis* rispetto a colui della cui eredità si tratta, e quindi un pericolo permanente per la sua vita.

Altri, invece, ricerca la causa della proibizione in una presunta lesione interveniente sempre in questi negozi per cui il candidato alla successione — chiamiamolo così — stretto dal bisogno ed ignaro delle forze dell'eredità, aliena con leggerezza le sue aspettative per un prezzo esiguo. La dottrina ²⁾ poi seguita in quest'esame, dividendo per maggiore intelligenza i patti successori in tre categorie, cioè: *patti d'istituzione*, *patti di rinunzia*, *patti di disposizione*, secondo che uno si obbliga d'istituire altri erede o rinunzia all'eredità altrui o cede per qualsivoglia titolo l'eredità ad un terzo.

Però io credo che nè la definizione del patto successorio, nè la giustificazione del divieto, nè questa tripartizione siano del tutto esatte, non corrispondendo alla natura essenziale dell'istituto nè al suo svolgimento storico.

Sono invece da distinguere i veri *patti successori* dai *patti sulla eredità di un vivente*. I patti successori poi si bipartiscono: in *patti successori attivi*, cioè patti d'istituzione, e *passivi*, cioè patti di rinunzia.

Svolgiamo ora distintamente questi concetti.

È da ricordarsi come per il diritto romano la successione era d'ordine pubblico, cioè sia il modo di trasmissione dei beni *causa mortis*, sia la capacità di far testamento, sia quella di ricevere delle disposizioni testamentarie, non poteva derogarsi con private convenzioni. Predominava il concetto di tutelare inalterabilmente la distribuzione dei beni dopo la morte dell'investito, e di regolare in modo sicuro il diritto di disposizione che si accordava agli individui per il tempo

¹⁾ LEYSER, *De pactis successoriis* (*Medit. ad Pand.*, I, spec. 43); BESELER, *Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen, 1837; HARTMANN, *Zur Lehre von den Erbverträgen* (1860); FAURE, *Des pactes sur succession future*; CAMILLO RE, *Del patto successorio*.

²⁾ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, § 335.

in cui essi fossero cessati di vivere. L'ordine della successione era unico e già legislativamente fissato, ed a questo poteva soltanto derogare la volontà del disponente, espressa in modo solenne nell'atto del testamento.

Questo potere dell'*ius testandi* era un diritto altissimo che si accordava a coloro, che fossero *liberi, cittadini, e sui iuris*, e perciò non aveva indole privata, ma anche carattere politico. Il testamento era la legge del testatore che s'imponeva e vinceva la legge stessa nell'ordine della successione, onde troviamo nelle XII Tavole scolpito il principio: « Paterfamilias, uti legassit super familia tutela pecuniae suae rei, ita jus esto ». Anzi, anticamente, i testamenti si facevano *comitiis calatis*, cioè sotto forma di una legge, che veniva pubblicamente approvata e rogata dal popolo nell'assemblea, e Teofilo nelle sue Istituzioni riferisce a questo proposito, che in tempo di pace tali comizi all'oggetto di far testamento tenevansi due volte l'anno.

Ciò del resto non era una singolarità, ma una conseguenza rigorosa di quella logica giuridica che guidò sempre la legislazione romana nel suo sviluppo. Infatti, ammesso il principio che l'ordinamento della successione *ab intestato* seguiva per legge, ne veniva di conseguenza che questo ordine poteva soltanto togliersi e modificarsi per un'altra legge regolarmente approvata. Più tardi questa forma di testamento scomparve, ma rimase tuttavia quel carattere di solennità e di religiosità, per cui il testamento fu considerato come l'unica forma di disposizione *mortis causa* che potesse derogare alla successione legittima, e la libertà di far testamento fu gelosamente protetta contro qualunque insidia e coazione esterna fino all'ultimo istante di vita: « usque ad vitae supremum exitum ».

Ora è agevole comprendere, come nel diritto romano una istituzione di erede contrattuale non potesse avere efficacia a derogare alla successione *ex lege*, quando questa poteva essere unicamente mutata in forza di un testamento, cioè di quella legge solennemente manifestata dal testatore. Il testamento era la disposizione *secundum legem publicam*, ed ogni qualsiasi altra forma privata di disposizione era inidonea e senza effetto.

Come la istituzione contrattuale, così non poteva neanche per il diritto romano sussistere una obbligazione assunta d'istituire altri erede, sia unilaterale o reciproca, perchè altrimenti si sarebbe tolta quella libertà assoluta di disporre, che deve accompagnare il testatore fino all'ultimo momento di vita: tale libertà essendo inalienabile ed inviolabile per ragione d'interesse pubblico, ogni limitazione

contrattuale cadeva nel nulla. E che in ciò dovesse ricercarsi la ragione dell'inefficacia del patto successorio, ci confermano vari luoghi delle fonti.

Così al titolo *pro socio* (Dig. L. 52 § 9) è espressa la regola: « *Nec libertatem de supremis iudiciis costringere quis poterit* »; e ne troviamo l'applicazione in un rescritto di Valeriano e Gallieno. Un padre, nell'istrumento dotale della figlia, si era obbligato d'istituirla erede insieme col fratello, in parti eguali, nel caso ch'egli morisse. Fu deciso che tale patto era nullo, poichè *neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre* (L. 15 Cod. II, 3)¹⁾.

Le stesse ragioni valgono per la rinunzia alla qualità d'erede. La successione legittima essendo d'ordine pubblico, ed attribuendo invariabilmente dei diritti, non poteva ad essa derogarsi per private convenzioni.

Così troviamo espresso nelle fonti il principio: « *Ius agnationis non posse pacto repudiari, non magis quam ut quis dicat nolle suum esse, Iuliani sententia est* » (L. 34 D. *de pact.*) Modest.

Per riassumere possiamo dire ch'erano nulli in genere tutti quei contratti che attentassero alla *testamenti factio attiva* (patti d'istituzione) ed alla *testamenti factio passiva* e *capacità di ricevere ex lege* (cioè patti di rinunzia)²⁾; che la ragione di tale divieto riposa nella inderogabilità del sistema successorio romano, reputato d'ordine pubblico³⁾.

Ma questo diritto venne a poco a poco modificandosi, sia coll'istituto della *divisio inter liberos*, sia con le obbligazioni che si assumevano allo scopo di mantenere l'eguaglianza nella successione dei discendenti.

1) Per la stessa ragione che la libertà di testare era un diritto personale inalienabile, non si poteva neanche delegare ad altri. Quindi l'incarico d'istituire alcuno erede era nullo: « *ut quis heredem instituat alicquem, rogari non potest* » (114 § 6 *De leg.*, I). Perciò anche era nulla l'istituzione fatta dipendere dall'arbitrio del terzo, *si Titius voluerit* (32, 68 D. 28, 5). Vedi ARNDTS, *Die Lehre v. den Vermächtnissen*; SCHRADER, *Abhandl. aus dem Civilr.*; SERAFINI, *Nuovi studi sulle disposizioni d'ultima volontà rimesse nell'arbitrio di un terzo* (*Arch. giur.*, IV, 166-185); ALESSI, *Di talune disposizioni d'ultima volontà riproocate dal diritto romano* (*Dir. e Giur.* V, 409). Questi principi si conservano anche nel diritto nostro (834).

2) Quindi erano nulli i *pacta de succedendo* (61 D. *de V. O.* 45, 1, 5 *Cod. de pactis*, 15 *C. cod.*); i *pacta de mutua successione* (19 *Cod. de pact.*): i *pacta de non succedendo* (94 D. 24, 2; 16 D. 38, 16; 35 § I *Cod. III*, 28; 3 *Cod. VI*, 20).

3) Cfr. RE, *Del patto successorio*.

Nel diritto barbarico e nel diritto statutario questa modificazione si venne sempre più accentuando, specialmente sotto l'influenza della tradizione germanica che riconosceva con piena validità i patti successori.

Ciò si deve alla diversa organizzazione della proprietà e della famiglia ch'esisteva presso i Germani. Infatti presso tale popolo la proprietà *individuale* mancava, ed era soltanto riconosciuta la proprietà *collettiva*.

L'usurpazione di una terra faceva passare questa nel dominio di tutto il popolo occupante.

La terra si divideva fra i vari gruppi della tribù e da questi si suddivideva fra le varie famiglie: ma era una divisione temporanea che si rinnovava periodicamente, così che non si aveva altro che un diritto di godimento o d'usufrutto che per una continua rotazione mutava perennemente d'obbietto. Più tardi la forma collettiva della proprietà si restrinse alla famiglia: l'ultima forma di proprietà collettiva è appunto la proprietà familiare. Il dominio così apparteneva all'ente famiglia, di cui il padre era soltanto capo e rappresentante, e non poteva disporre dei beni nè con atti d'alienazione, nè con un atto d'ultima volontà. Alla sua morte i figli succedevano nella rappresentanza e direzione della famiglia, ma non nel dominio dei beni.

Ecco perchè presso i Germani il testamento era ignoto.

Ma a poco a poco noi troviamo riconosciuta nel diritto germanico *la vendita di una parte del patrimonio familiare*, nei casi d'impellenti bisogni della famiglia e col consenso dei membri di essa. Inoltre quando il capo famiglia mancasse di discendenti gli fu eccezionalmente permesso di chiamare una persona per il tempo in cui fosse morto allo scopo di continuare la sua personalità e di sottrarre nella direzione degli affari domestici e godimento dei beni. Ciò si operò per mezzo di una *adozione* che veniva a trasferire ed a far passare attualmente l'eredità nel chiamato ¹⁾. Un terzo passo nella via dello sviluppo fu la *donazione universale mortis causa*, la quale fu determinata specialmente dalla influenza del diritto romano e canonico che offriva la forma della successione testamentaria. La *donatio mortis causa* era irrevocabile, e costituisce la forma tipica

¹⁾ Era questa l'*adoptio in hereditatem*, atto solenne che si faceva in presenza dell'assemblea accompagnato da numerose formalità, fra le quali l'armamento dell'adottato.

del patto successorio, che assunse poi nel diritto germanico una figura autonoma ed indipendente solo verso la fine del secolo XVI, ed al principio del secolo XVII. Ora in questa legislazione il patto successorio si può considerare come il rappresentante ed il surrogato del testamento, cioè la forma unica per cui era possibile disporre *causa mortis* delle proprie sostanze a favore di un estraneo.

Introdotta il testamento colla ricezione del diritto romano, le due forme coesistero: il contratto ereditario originariamente limitato ai nobili ed ai coniugi si estese a tutti, e si mantenne di fronte alla forma testamentaria per il suo carattere d'*irrevocabilità* che sottraeva la vocazione ai cangiamenti ed alle oscillazioni del volere del disponente.

La tradizione germanica fu conservata in Francia per il diritto consuetudinario ed importata anche in Italia dalle orde barbariche, venendo ad ispirare nella pratica del diritto comune numerosi istituti che sono una deroga al principio romano della illiceità delle obbligazioni come modi di acquisto o di perdita di un diritto ereditario.

Dove più si fece sentire questa influenza fu in materia di rinunzie negli stromenti dotali. Ordinariamente la figlia, che riceveva nel contratto di matrimonio una dote, rinunciava alla successione dei genitori, accontentandosi della costituzione ricevuta come d'una quota anticipata à *forfait*, ed a tacitazione dei suoi diritti ereditari sull'eredità paterna e materna. Contribuiva a render frequenti queste rinunzie anche il desiderio di non far passare in mano estranee il patrimonio di una famiglia, perchè questa potesse continuare nel lustro e nella ricchezza avita.

Erano anche comuni le rinunzie nell'atto di legittimazione, per cui il legittimato si obbligava di non partecipare in tutto, o soltanto fino ad una data misura, alla successione del legittimante. Inoltre le rinunzie erano di stile nel caso di professioni religiose. Abbracciando i voti monastici, si soleva dal professo rinunciare ad ogni mondanità, e quindi ai beni che potessero spettargli per eventuali successioni da aprirsi, in favore degli altri coeredi.

Infine nel medio-evo erano usuali i *testamenta reciproca, simultanea, corrispectiva*.

Oggi i patti successorii sono aboliti, anzi il nostro legislatore ha insistito nella nullità di essi in numerose disposizioni (954, 1118, 1380, 1435, 1701 cod. civ.). Tuttavia se ne incontrano delle tracce nell'istituto della *divisio inter liberos*, nella stipulazione dei lucri dotali, nella costituzione in dote e nella società degli utili dei beni futuri, ecc.

Dai patti successori sono da distinguere i patti sull'eredità di un vivente, per cui si vengono ad alienare dei diritti sperati in una successione non ancora aperta. Una tale convenzione è reputata immorale. « Caeterum, si adhuc vivat, *improbum esse* Iulianus existimat eum qui sollicitus est de vivi hereditate » (2 § 2 D. 28, 6). « *Non probe de hereditate viventis pueri aget* » (27 § 4 D. 36, 1) ¹⁾. Qui si applica il ritornello del *votum captandae mortis* della dottrina comune ²⁾.

È da notare come per il diritto giustiniano, se la convenzione cadesse su persona indeterminata, oppure la persona della cui eredità si trattava intervenisse al contratto, questo era valido (c. ult. Cod. *de pact.*). Invece il diritto nostro è ritornato alla tradizione del diritto classico, sanzionando senza limitazioni la nullità (1460, 1118) ³⁾.

49. I veri patti successori (istituzione contrattuale nell'eredità o d'un contraente a favore dell'altro o reciproca o di entrambi a favore di un terzo, rinuncia ereditaria stipulata convenzionalmente col testatore ed obbligazioni d'istituire o rinunciare) sono facilmente riconoscibili ⁴⁾, in quanto derogano al sistema di forme solenni stabilite per

1) Cfr. L. 30 C. *de pact.*: « omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plene tristissimi et periculosi eventus ... sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae *contra bonos mores* inita sunt, repelli ». Cfr. pure L. 29 § 2 e 30 D. 39,5.

2) Vivace è il paragone con cui Cuiacio designa il cacciatore d'eredità: « *inhiauit hereditatem tamquam esuriens lupus et spe decoravit* » (*Resp. Pap.* X) e Duareno: *quasi vultur in cadavere circumvolitans*.

3) Il cod. francese, mentre proibisce di regola i patti successori, li ammette limitatamente nel contratto di matrimonio. Quanto alle altre legislazioni, i codici americani ed il codice spagnolo e portoghese ritengono anche il divieto dei patti successori, le forme di delazione ereditaria essendo solo il testamento e la legge. Invece nella legislazione germanica (Cod. prussiano, sassone, austriaco, ed ora nel cod. civ. germanico) conformemente alla tradizione storica i patti successori sono consentiti. Però il divieto è mantenuto rispetto ai contratti sull'eredità di un terzo vivente (Cod. pruss. I, 11, 446; Cod. austr., § 879, 4; Cod. germ., § 312).

Il divieto è assoluto, anche nella scienza della persona della cui eredità si tratta ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, S. 431, nota 7).

4) Talora pure vi è qualche difficoltà a scoprirli. Così i figli si obbligano per atto contrattuale di non lamentarsi delle disposizioni che farà il loro genitore a favore di persone estranee; rinunciando così implicitamente a far valere i loro diritti eventuali sulla successione paterna; oppure i figli garantiscono solidamente l'obbligazione contratta dalla loro madre che ha venduto il fondo dotale (LAURENT, XVI, 94) e così vengono a rinunciare al diritto di domandare la nullità dell'alienazione e quindi rivendicare un immobile il quale doveva loro appartenere in qualità di eredi.

le disposizioni testamentarie o limitano quella libertà assoluta di disporre che la nostra legge volle nel testatore gelosamente protetta (759, 761, 916).

Invece i contratti sull'eredità di un vivente si presentano spesso sotto una forma dubbia, così che interessa caratterizzarli con precisione, per togliere ogni incertezza.

La convenzione è proibita, quando ha per oggetto un'eredità non ancora aperta, sia tutta l'eredità od una parte di essa, od anche un bene determinato cadente nella successione, sul quale si contrae nella speranza di venirlo ad acquistare in seguito, alla morte del terzo, a titolo ereditario.

Requisiti dunque sono:

1.° *successione non aperta* (da valutarsi obbiettivamente, e non in relazione all'opinione e credenza delle parti);

2.° *oggetto pertinente alla successione*;

3.° che l'oggetto della successione dedotto in contratto sia considerato dal promittente come cosa da acquistarsi *successionis causa*.

Quest'ultimo elemento è importante, perchè ogni volta che l'acquisto dipenda da tutt'altro titolo che l'ereditario, la convenzione non è proibita.

Posati questi principii, passiamo a risolvere le varie questioni che si fanno sull'argomento.

Il 1.° requisito « successione non aperta » deve sussistere in modo obbiettivo, perchè alla reale materialità di questo fatto è legato il divieto del legislatore.

Perciò se due contraenti trattano d'una successione che credono non aperta, mentre invece è aperta, il negozio è valido. Viceversa, se trattano d'una successione che credono aperta, mentre invece non lo è, il contratto è nullo. Come nell'un caso la mala fede non basta ad inficiare la convenzione, così nell'altro la buona fede non vale a salvarla.

Lo stesso criterio deve guidarci per risolvere alcuni dubbi che si son fatti sui contratti relativi ai beni dell'assente.

La questione non può sorgere nel primo periodo della presunzione dell'assenza, in cui non dandosi luogo che a soli provvedimenti conservativi nell'interesse del patrimonio dell'assente, i terzi presunti eredi restano ancora estranei, e quindi ogni convenzione ch'essi facessero relativamente ai beni di quello sarebbe un contratto sulla di lui successione. Nè mi pare la questione proponibile nel terzo periodo dell'immissione definitiva in possesso, in cui gli

eredi testamentari o legittimi hanno diritto di disporre liberamente dei beni e procedere a divisioni e transazioni sui medesimi (37). In questo caso ogni alienazione o convenzione è efficace e l'assente che ritorna non ha altro diritto che di riavere i beni nello stato in cui si trovano (39).

Invece può discutersi circa la validità dei contratti conclusi nel periodo intermedio della dichiarazione d'assenza.

La dichiarazione d'assenza produce una vera apertura di successione, sebbene provvisoria: gli eredi immessi nel possesso temporaneo acquistano soltanto il diritto di amministrazione ed il godimento parziale delle rendite: possono tuttavia essere autorizzati ad alienare ed ipotecare i beni, ma si tratta in tal caso di una semplice trasformazione del patrimonio, il quale però deve restare integro nella sostanza e nel valore. Se l'assente ritorna, gli immessi nel possesso temporaneo devono restituire i beni, con le riserve di rendite cumulate.

Ora, se fuori degli atti di semplice amministrazione e gli atti dispositivi autorizzati con le dovute cautele dal magistrato, gli immessi nel possesso temporaneo alienano come propri o contrattano sui beni che provvisoriamente posseggono, fanno una convenzione proibita?

Non può sapersi *a priori*, perchè si ignora se l'assente sia morto.

La validità del negozio perciò resta incerta, finchè o non si faccia luogo all'immissione nel possesso definitivo o non si venga a conoscere che l'assente sia premorto alla conclusione del contratto: nel qual caso il negozio è valido.

Viceversa, se si dimostri che l'assente sia vivo o venga a provarsi che l'assente sia morto in un tempo posteriore alla conclusione del contratto, la successione aprendosi in quel momento e da quel momento avendosi la delazione ereditaria, non possono sussistere i contratti precedentemente conclusi sui beni di una persona vivente, sebbene si ignorasse che fosse tale o si reputasse erroneamente morta.

Nello stato d'incertezza però la convenzione resta efficace, perchè colui che volesse impugnarla dovrebbe dimostrare ch'essa ha per oggetto una successione non aperta: ma egli non può fornire questa prova.

Il 2.^o requisito che si tratti di un oggetto pertinente alla successione non dà luogo a dubbi. Abbiamo detto che oltre dell'intiera eredità o quota di essa, può esser dedotto in contratto anche un singolo bene ereditario, o un immobile o i beni mobili, ecc. Altri-

menti, si potrebbe indirettamente con vendite parziali e successive alienare la totalità dei beni, eludendo il divieto della legge.

Terzo requisito: l'acquisto della cosa su cui si contratta deve aversi per il promittente a causa di successione. Il promittente contratta su un bene, che gli dovrà pervenire quale erede, sul quale egli non ha altro diritto che la speranza della successione ereditaria, e quindi egli non fa che alienare od obbligare questa sua aspettativa. Da ciò segue, che in queste convenzioni successorie non si contratta su *un diritto* pertinente al patrimonio del disponente, ma sulla *speranza* di un diritto ereditario.

Veniamo alle applicazioni.

Un contratto con cui un figlio vende un oggetto appartenente ai suoi genitori, contiene una vendita di eredità proibita? Bisogna vedere come fu stipulato il contratto: se il figlio alienò la cosa, quale erede presuntivo di essa, cioè con la speranza di acquistarla nella successione, si ha una convenzione illecita e nulla, altrimenti una vendita di cosa altrui, ratificabile dal terzo.

La cessione di un credito, scadibile dopo la morte di alcuno, è un contratto sull'altrui successione? No, perchè il cedente ha già nel suo patrimonio questo diritto, sebbene sospeso fino alla morte del terzo, ed egli non l'acquista in seguito dall'altrui successione. Il cessionario per il trasferimento ottiene questo diritto, e ne è investito, mentre invece un patto sull'altrui successione non attribuisce che la speranza di un diritto ereditario, il quale viene a realizzarsi all'avveramento della condizione della morte cui è subordinato.

Una convenzione proibita sull'altrui eredità può presentarsi sotto qualunque forma contrattuale, o vendita o permuta o locazione di un bene che spetterà *successionis causa* al promittente, o società, che si stipula fin d'ora avente per oggetto un opificio industriale od una azienda di commercio, in cui succederà a titolo di erede il contraente, od anche una semplice obbligazione, così promessa di donare o cedere parte di ciò che si riceverà nella successione altrui, ecc. ¹⁾.

50. b) *Patti nuziali derogatori ai diritti attribuiti al capo della famiglia ed ai coniugi o proibiti nell'interesse dei terzi* (1379).

Tali sarebbero quelli con cui si venisse a rinunciare dal marito

¹⁾ Ma non sarebbe illecita la promessa di pagare una somma ad un terzo, per il caso che si conseguirà un'eredità, poichè una tale promessa contiene l'assunzione di un obbligo personale sotto condizione sospensiva, non l'alienazione di una parte ereditaria (GLASER u. UNGER, *Entsch.*, n. 8722).

al diritto di amministrazione dei beni dotali o della comunione ¹⁾, o alla percezione dei frutti sulla dote, al diritto di autorizzazione verso la moglie, al diritto di patria potestà verso i figli ²⁾, obbligandosi, per esempio, di non immischiarsi nella educazione civile e religiosa della prole o di educare i figli nascituri in una data religione ³⁾, o di non godere dell'usufrutto legale sui beni degli stessi, ecc. Così pure ogni rinuncia al diritto di riconoscimento dei figli o di disconoscimento di prole, al diritto di adozione, di legittimazione e simili. Sono ancora da annoverarsi tutti quei patti con cui i coniugi si esimevano dall'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza, o rinunziassero al diritto di domandare gli alimenti, quei patti con cui la moglie si riservasse il diritto di non assumere il cognome dello sposo o di fissare la propria residenza a sua voglia o invece rinunziasse al diritto di domandare la separazione personale o la separazione della dote, ecc. ⁴⁾.

Nel diritto romano erano anche reputati nulli i patti dotali, con cui si venisse a far perdere o diminuire il diritto della moglie sulla dote ad essa costituita (L. 2 D. 23, 3).

Così il patto che disciolto il matrimonio con figli la dote dovesse appartenere al marito (L. 2 D. 23, 4) o che essendovi figli, una parte della dote dovesse essere trattenuta a favore di questi (L. 3 C. V, 14) o con cui si stabilisse un termine per la restitu-

¹⁾ Cfr. art. 1399: « Il *solo* marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio. Egli *solo* ha il diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima, di riscuoterne i frutti e gli interessi, e di esigere la restituzione dei capitali ». Art. 1438: « Il marito *solo* può amministrare i beni della comunione ».

Questi poteri sono dunque attribuiti esclusivamente al capo della famiglia in questa sua qualità ed ogni patto derogatorio deve ritenersi inefficace.

²⁾ Così la rappresentanza legale dei figli non potrebbe per contratto esser concessa dal marito alla moglie, nè sarebbe valida la clausola inserita in una liberalità fatta ad un minore, in cui si proibisse al padre di abitudini dissipatrici di amministrare i beni donati: la disposizione dell'art. 247 essendo una norma singolare, non suscettiva d'interpretazione analogica.

³⁾ Questi diritti gli sono affidati per usarne liberamente ed egli non può cedere l'esercizio ad alcuno, perchè essi non appartengono esclusivamente alla sua sfera giuridica, ma sono piuttosto dei doveri di cura e di tutela di cui egli è investito nell'interesse degli altri (V. ENDEMANN, op. cit. S. 439 e).

⁴⁾ Naturalmente sarebbe anche illecita una condizione che mirasse a derogare ad uno di questi diritti di famiglia. Così la condizione di non emancipare i propri figli (DEMOLOMBE, 18, 238) o di non averne la cura e l'educazione (Cass. 20 novembre 1840, *Sirey*, 1841, 2, 78), o che invece l'educazione fisica e morale di questi figli fosse affidata ad un terzo ad esclusione dei genitori (Rennes, 18 dicembre 1835, *Collec. cron. du Journ. du Pal.*).

zione della dote. Un marito aveva stipulato con la moglie che quanto tempo indugiassero questa a consegnargli la dote, dopo concluso il matrimonio, altrettanto ne avrebbe indugiato egli a restituirla, dopo fatto il divorzio.

La moglie consegnò la dote dopo un quinquennio. Si domanda se, fatto il divorzio, il marito possa differire la restituzione fino a quel termine.

Proculo decise: « nec valere id pactum conventum » (17 D. 23, 4). Anche i patti di non agire per le spese necessarie in ordine alla dote son dichiarati illeciti, perchè verrebbero a sovvertire la natura di essa (32 § 1 *h. t.*).

Una convenzione che presenta qualche analogia con la obbligazione di non domandare la separazione di persona per colpa dell'altro coniuge, era nel diritto romano quella per cui si stabiliva fra marito e moglie di non agire *de moribus*, allo scopo di ottenere la ritenzione di una parte della dote per i cattivi costumi del coniuge. Questa convenzione era nulla. « Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur, ne publica cöercitio privata pactione tollatur » (54 *h. t.*) Paul.

Nel diritto romano era anche nulla la convenzione dell'alienabilità della dote, rivestendo questa carattere politico (2 D. 23, 3), oggi invece tale pattuizione è permessa nel contratto di matrimonio (1404).

Così pure deve ritenersi lecita la rinuncia all'ipoteca dotale, poichè l'istituto della dote nel diritto moderno non è ispirato più ad un interesse pubblico, ma costituisce una semplice modalità nel regolamento dei rapporti patrimoniali fra coniugi.

Se è lecito restringere l'ipoteca a beni determinati (1969), se è lecito anche dichiarare la dote alienabile, non vi è ragione per ritenere che non possa dalle parti rinziarsi anche alla garanzia che è destinata a proteggerla. La legge non può che rispettare la libera determinazione dei contraenti. Il pericolo che si avvisa da taluni della perdita delle ragioni dotali della moglie per un possibile dissesto economico del marito, non è sufficiente per infirmare di nullità un patto che la legge non ha vietato e che non può considerarsi come derogatorio alle sue norme. Del resto la moglie potrebbe provvedersi in tempo del rimedio straordinario stabilito in suo favore, della separazione della dote (1418). Male s'invoça poi l'art. 1379 che vieta la deroga ai diritti attribuiti al capo della famiglia ed ai coniugi, perchè quest'articolo si riferisce ai diritti personali in-

renti alla loro qualità, non alle relazioni private patrimoniali che ne dipendono ¹⁾.

Finalmente nel diritto nostro è stabilito, a garanzia dei terzi e per la maggior fermezza dei rapporti giuridici matrimoniali, che i patti nuziali debbono precedere il matrimonio e che non possono più tardi essere mutati (1385), in aperta antitesi col diritto romano dove era detto: « Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante conve-nerit, licet » (L. 1 D. 23, 4) Iavol. Cfr. « Paulus respondit: Si mulier de suo dotem dedit, et adhibuit matrem quae stipularetur, potuisse eam postea instrumentum dotale mutare » (L. 72 § 2 D. 23, 2).

51. c) Divieto del contratto di donazione.

La donazione è proibita fra coniugi (1054) ²⁾. I giureconsulti romani ci hanno tramandato i motivi di questa proibizione, cioè: « ne venalicia essent matrimonia, ne mutuo amore coniuges invicem spoliarentur, ne concordia praetio conciliari videretur ». Quest'ultima ragione è anzi indicata nell'orazione dell'imperatore Antonino.

Nel diritto romano però piuttosto che la donazione tra coniugi era proibito l'arricchimento dell'un sposo a danno dell'altro, ed infatti la nullità cadeva *in eo, quod locupletior quis factus est*. D'altra parte era lecita tra sposi la *donatio mortis causa*, ossia da avere effetto alla morte del donante e quindi in un tempo in cui il matrimonio fosse già sciolto. Questo diritto così rigoroso venne più tardi temperandosi su proposta dell'imperatore Antonino che, in una orazione tenuta al Senato, persuase questo *ut uliquid laxaret ex iuris rigore* (32 D. 24, 1). Così s'inaugura quella nuova giurisprudenza che segna l'ultima fase del diritto romano su questo punto, per cui invece di reputarsi nulle le donazioni non confermate nel testamento, anche nel silenzio del testatore, esse sono ritenute valide, e ad infirmarle occorre un atto di volontà contraria espressamente manifestato dal disponente, poichè *fas esse eum quidem qui donavit poenitere* (32 § 2 *h. t.*).

Il diritto consuetudinario seguì generalmente la tradizione rigo-

¹⁾ La dottrina prevalente ammette la liceità della rinuncia all'ipoteca dotale. Cfr. SERAFINI (*Gazz. dei notai*, I, 190); PACIFICI-MAZZONI, *La rinuncia fatta nel contratto di matrimonio all'ipoteca dotale ed alla relativa iscrizione è valida o nulla?* (*Arch. giur.*, IV, 605); PRECERUTTI, *Sull'art. 1969, n. 4* (*Arch. giur.*, VI, 60); PAOLI (*Giorn. leggi*, 1876, 163); GALLUPPI, *La dote*, pag. 296; RUTIGLIANO (*Foro ital.*, III, 1273); BIANCHI (*Contratto di matrimonio*, n. 144).

²⁾ Cfr. FADDA, *La nullità delle donazioni fra coniugi* (*Foro Ital.* 1893, I, 262); STERIO, *Delle donazioni tra coniugi* (*Arch. giurid.*, V, 55, 3).

rosa della nullità assoluta delle donazioni. Invece in quei paesi, dove si ebbe un diritto scritto, si mantenne l'innovazione introdotta da Antonino. Colla rivoluzione francese anche qui si fece novità. Fu tolto il divieto e la legge 17 nevoso anno II proclamò la libertà assoluta nei coniugi di avvantaggiarsi a vicenda. Ma il Cod. Nap. ritornò sui perduti passi, e senza accogliere il principio della nullità della donazione tra coniugi, adottò un sistema misto, dichiarando cioè le donazioni permesse, ma revocabili ad arbitrio del donante.

È da notare come nella legislazione germanica ispirata ad altre fonti il divieto non esiste. Il nostro codice ha seguito la tradizione pura del diritto classico romano, posteriore alla *lex Cincia*, sanzionando in tutti i casi l'illiceità di tali donazioni (1054) ed applicando espressamente il divieto in vari luoghi, così là dove proibisce la costituzione o l'aumento della dote fatto dai coniugi durante il matrimonio (1391) o la società universale tra persone incapaci di avvantaggiarsi reciprocamente (1704), ecc.

52. d) Proibizioni nel contratto di vendita ¹⁾.

La vendita è proibita o riguardo all'obbietto, o riguardo alla persona che la contrae. L'oggetto può essere incommerciabile, e l'incommerciabilità derivare o per sua natura, in quanto la cosa si sottrae ad un dominio esclusivo, o per la sua destinazione ad un uso o servizio pubblico, o per una legge proibitiva.

In quest'ultimo caso l'alienazione cade nel concetto d'illiceità, mentre la vendita di un bene comune o demaniale è giuridicamente impossibile.

Esaminiamo ora partitamente i vari divieti in ordine all'oggetto.

Per le leggi delle XII Tavole era vietata la compera di una *res furtiva*, ma il negozio era valido se il compratore ignorasse la provenienza viziosa della cosa acquistata (34 § 3 D. 18, 1). Lo stesso divieto si applicava al *servus fugitivus*, che si considerava come rubasse sè stesso al padrone e che quindi fosse furtivo. Più importanti erano le limitazioni stabilite da un Senatusconsulto promulgato sotto Adriano. Per esso era proibita la compera e la vendita d'una casa all'oggetto di esser demolita: *ad demoliendum negotiandi causa domum*. Ne derivava non soltanto la nullità della vendita, ma il compratore era obbligato a versare nell'erario il doppio del prezzo ricevuto: « *ut duplum eius quanti emisset, in aerarium inferre cogeretur* » (L. 52 h. t.). Del resto neanche il legato ed il fedecommesso di un

¹⁾ Cfr. SCHRODER, *Zur Lehre v. d. gesetzl. Veräußerungsverboten*.

fondo da demolire era lecito: « Aedes destruendae neque legari neque per fideicommissum relinquì possunt: et ita Senatus censuit » (L. 114 § 9 D. *de leg.* I) ed il divieto si estendeva a tutte quelle cose ch'erano attaccate ed inerenti all'edificio, sì che per prestarsi dovessero staccarsi da questo, come marmi, colonne, travi, statue, « tabulas affixas et parietibus adiunctas vel sigilla adaequata » (41 § 13 D. *h. t.*).

Anche la vendita di un veleno era presso i Romani considerata nulla, ma Gaio corresse questa opinione, restringendola a quei veleni che non potessero mercè l'aggiunta di qualche altra sostanza divenire utili e che sono sempre nocivi: « quae sententia potest sane videri de his, quae nullo modo, adiectione alterius materiae, usu nobis esse possunt ». Invece per quei veleni che mescolati possono servire di antidoti o costituiscono dei salubri medicamenti, la vendita è valida (35 § 2 D. 18, 1).

Una costituzione di Arcadio ed Onorio proibì la vendita del frumento destinato alla pubblica annona, minacciando la pena capitale ai contravventori. Era anche proibita l'alienazione del frumento che doveva spedirsi all'esercito, sotto pena della proscrizione e della confisca.

Nel Codice troviamo pure altre proibizioni di compra e vendita, relative al serico, alla porpora, ecc. come può vedersi al titolo: *Quae res veniri non possunt*, IV, 40.

Venendo al diritto intermedio ¹⁾, nelle leggi ostrogotiche si trova conservato il divieto di vendita relativamente ai servi rubati e fuggitivi, ed inoltre esteso ai servi soliti a fuggire (*Edic. Theod.*, 141). Anche la donazione di essi era proibita.

Una disposizione analoga s'incontra nella legislazione longobarda, nell'Editto di Liutprando (49, 53). Qui è anche considerato il caso della vendita di un uomo libero: la qual vendita è dichiarata nulla ²⁾, non solo, ma l'alienante era inoltre obbligato di pagare al venduto il suo guidrigildo, come se l'avesse ucciso (Liut. 48).

Nel diritto franco era proibita la compera di un bue, o di un cavallo o di un altro mobile qualunque da persona sconosciuta (Pip. 44).

Carlo Magno proibì ancora la vendita delle derrate durante la carestia (Car. M. 162) e delle armi (Car. M. 163) e la compera dei frutti futuri (Car. M. 56).

Nel diritto statutario troviamo come notevoli la proibizione as-

¹⁾ V. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, IV, pag. 520.

²⁾ Questa sarebbe una vendita *non illicita*, ma *giuridicamente impossibile*.

soluta di vendita della *res litigiosa* ed il divieto di vendere i fondi situati nel confine di uno Stato a persone straniere.

Inoltre, era proibito ai mercanti di comprare le biade o i fieni prima della raccolta, le lane prima della tosatura, e simili, dichiarandosi nulle tali convenzioni, come usuraie e nocive alla pubblica economia per il pericolo di monopolio ¹⁾.

Finalmente è da ricordarsi in Francia la proibizione di vendita dei pubblici uffici. Nel medio-evo, dove il concetto di sovranità era un miscuglio informe con concetti di diritto privato, ed il re era proprietario del suolo della nazione, e disponeva dei popoli come di un gregge, anche le funzioni pubbliche s'infendavano nelle famiglie e si trasmettevano per successione ai discendenti e potevano formare oggetto di un contratto commutativo. Ma indi, purificatosi il concetto di sovranità e chiaritosi l'ufficio pubblico, sia esso di natura politica che amministrativa, come una particolare funzione degli organi dello Stato, si venne sempre più rendendo manifesta l'incommerciabilità di essi. Il rapporto giuridico che si accende tra funzionari e potere centrale non è quello soltanto del mandato o del patto o della locazione d'opera, ma vi è congiunto un rapporto di natura essenzialmente di diritto pubblico. Infatti l'istituzione dell'ufficio avviene nell'interesse pubblico del funzionamento dello Stato, e l'attribuzione di esso dipende da un atto volontario, unilaterale, esplicito sotto forma di decreto, di conferimento o di nomina, sebbene questo possa essere subordinato ad un'autolimitazione rispetto la persona cui l'ufficio deve essere conferito, in ordine alla sua capacità ed abilità, da manifestarsi mercè una prova ufficiale, colla vittoria di un concorso. Neanche l'elemento privato dello stipendio che è congiunto eventualmente all'impiego muta la natura di esso; essendo questo un elemento accidentale, che può anche mancare, così nelle cariche pubbliche gratuite.

Come curiosità storica ricordiamo una legge francese del 1815, vuol dire dopo il rinnovamento politico ed intellettuale operato dalla Rivoluzione, che nonostante permetteva agli uscieri, procuratori e notari di presentare un successore e di stipulare un prezzo per la loro dimissione.

È tempo ora di venire al diritto moderno.

Attualmente noi abbiamo mantenuto il divieto di vendita dei diritti di successione di una persona vivente (1460). Invece non ap-

¹⁾ Cfr. Stat. d'Adria, 1442, II, 59: « Si quis emerit frumentum in herba aut vinum ante tempus vindemiae, intelligitur dictus contractus usurarius et emptor praetium amittat » (Cfr. PERTILE, op. e l. c., pag. 516, n. 17).

partiene ai divieti e non entra nel concetto d'illiceità la vendita della cosa altrui (1449).

Qui la nullità deriva non da una proibizione della legge, ma da una mancanza di un requisito necessario per l'efficacia reale del negozio. La legge cioè suppone per l'alienazione di un diritto, la pertinenza di esso nell'alienante: se questa manca, non può operarsi il passaggio di una proprietà che non esiste nell'apparente investito.

Così pure non è neanche illecita, sebbene nulla, la vendita d'una cosa che al tempo del contratto era interamente perita (1461). Qui la nullità deriva per mancanza dell'oggetto.

Invece vere proibizioni di vendita s'incontrano in molte leggi speciali.

Basta ricordarne qualcuna. Abolitasi la feudalità, rientrarono nel diritto comune i beni già sottoposti a vincoli feudali. Ma la legge lasciò tuttavia sussistere i titoli nobiliari annessi a detti feudi, per la cui successione sono oggi applicabili le norme successorie feudali. Però fu proibito che i titoli di nobiltà potessero formare oggetto di compra e vendita o materia di contratto, dichiarandosi in commerciabili sotto qualsiasi forma. Questa proibizione per il Diritto Siculo risale ad un rescritto del 3 giugno 1837, confermato da un altro 7 ottobre stesso anno, e da un terzo del 26 gennaio 1839.

Così pure il R. D. 15 giugno 1865 proibisce in modo assoluto la cessione di una rivendita di privative e quindi infirma di nullità qualunque convenzione in contrario¹⁾.

Ma con queste leggi proibitive d'ordine pubblico o *perfectae*, e che hanno per conseguenza la nullità del negozio vietato, non sono da confondere certe altre norme proibitive penali, d'indole amministrativa e di polizia, le quali si limitano ad infliggere una multa ai contravventori, pur lasciando sussistere il contratto nella sua efficacia. Così la legge sanitaria 22 dicembre 1888 contiene delle proibizioni riguardo alla vendita ed al commercio dei medicinali, dei veleni, dei colori, ecc. Art. 27: « Sarà punito con una pena pecuniaria non minore di L. 200 colui che vende sostanze o preparati annunziati come rimedi specifici segreti, che non siano

¹⁾ Cfr. C. Torino 9 luglio 1880 (*Giur. Tor.*, XVII, 600). « Un contratto illecito non ha efficacia giuridica. Tale sarebbe il contratto che contenesse una cessione di rivendita di generi di privativa ». In conseguenza di questi principi la C. di App. di Venezia (*Legge*, 1891, 2, 497) ritenne che il cessionario non può esperire azione d'indennità per l'inesecuzione del contratto.

stati approvati dal Consiglio superiore di sanità ». Art. 30: « Chiunque non sia fabbricante o negoziante di prodotti chimici, o farmacista o droghiere, venda veleni, è punito con una pena di L. 500 ». Altre proibizioni di vendita si riferiscono ai viveri e commestibili guasti o infetti o adulterati, ecc.

Un'altra legge del 5 novembre 1863, riprodotta poi con legge del 19 luglio 1880, proibisce la vendita dei biglietti del lotto, fuori dei luoghi destinati ad uso di ricevitorie, e ciò sotto la pena pecuniaria di L. 30.

Fra le leggi che limitano il commercio degli oggetti artistici o d'antichità, ricordiamo l'Editto Pacca del 7 aprile 1820 che vieta la vendita degli oggetti d'arte di pregio, senza l'autorizzazione dell'autorità, punendo i contravventori (art. 8) con pena pecuniaria non inferiore alla metà del valore dell'oggetto alienato.

53. Fin qui abbiamo visto i divieti di vendita in ordine all'oggetto; esaminiamo ora i divieti di vendita sanzionati in ordine a certe classi di persone, cui riuscirebbe indegno o pericoloso di entrare in tale rapporto giuridico.

Un primo numero di limitazioni si riferisce a tutti coloro che per essere investiti d'una funzione di cura o di tutela o di amministrazione non possono farsi acquirenti dei beni del pupillo o del loro amministrato (1457). La legge qui ha voluto allontanare il pericolo di una malversazione nel patrimonio del gestito, evitando la possibilità di un conflitto tra il dovere e l'interesse in colui che deve vigilare e dirigere la gestione. Cioè si è voluto che non si cumulasse nella stessa persona la doppia qualità di compratore e di venditore, o di incaricati a vendere e preposto ufficialmente alla vendita con quella di privato acquirente. Era troppo forte il sospetto che derivava da un simile intreccio di rapporti ed interessi, perchè la legge potesse rimanere indifferente e non si sforzasse di prevenire il danno. Questo principio si trova già accolto nel diritto romano, dove era detto: « Tutor rem pupilli *emere non potest* », la quale norma si osservava anche rispetto ai curatori, procuratori, amministratori, ecc., come risulta dal seguito della legge citata: « *Idemque porrigendum est ad similia, idest ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt* » (L. 34 § 7 D. 18, 1). Anzi, per una costituzione di Severo ed Antonino, il trasgressore perdeva la cosa comperata ed era condannato al quadruplo (L. 46, *h. t.*).

La ragione del divieto è la medesima che abbiamo accennata per il diritto moderno: « *Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest* » (L. 5 § 2 D. 26, 8).

Ma la vendita era permessa se fatta di buona fede: la *mala-fides* era sempre presunta quando l'acquisto venisse fatto per interposta persona (L. 5 § 2 D. 28, 6).

Anche nel diritto romano però l'acquisto fatto dal tutore in contravvenzione al divieto era *nullius momenti* (5 § 3 *cod.*)¹.

¹ La dottrina prevalente considera invece i contratti stipulati in onta a queste proibizioni come affetti soltanto da nullità relativa (PACIFICI-MAZZONI, *Vendita*, I, pag. 188; GIORGI, *Obbligazioni*, IV, 24; TARTUFARI, *Della rappresentanza*, pag. 552; ARNÒ, *Il contratto con sè medesimo*, *Arch. giurid.*, 57, pag. 413, ecc.), ammettendo che non si tratti qui di divieti d'ordine pubblico.

Essa giunge a questo risultato per doppia via, per un argomento, diciamo così, razionale ed un altro letterale.

Il primo consiste in ciò: che queste incapacità sono stabilite nell'*interesse* di certe e determinate persone, e che quindi non può trattarsi che di nullità relativa.

Ora questo che si afferma in modo così sereno e senza ombra di dubbio, e che risente di quel confusionismo che si fa in genere dagli scrittori francesi in tutta la teoria della nullità, non è esatto, ed è veramente deplorabile che scrittori anche di valore, sol perchè veggano in una proibizione un motivo anche occasionale di protezione per certe classi d'individui siano indotti senz'altro a negare la nullità assoluta. Ora non basta che una proibizione abbia per fondamento uno scopo protettivo di interessi privati per indurre senz'altro la nullità relativa, perchè talora la legge può voler rinforzare e rendere più efficace ed energica la proibizione, dichiarando senz'altro la inesistenza giuridica del negozio. L'interesse di alcune persone può esser stata la causa prossima del divieto, eppure questo rendere l'atto assolutamente nullo. Infatti la legge raggiunge ugualmente il suo scopo colla nullità radicale, perchè ciò che non è, non può recar danno ad alcuno. In tal caso l'atto è proibito, non in quanto *viola realmente* gli interessi voluti proteggere, ma in quanto *può violarli* e ad escludere finanche la *possibilità* di un danno, il divieto colpisce il negozio a morte. Ora in questa categoria rientrano gli atti fatti dal padre, dal tutore, dagli ufficiali pubblici in contravvenzione all'art. 1457 e seg. (Vedi in questo senso il WINDSCHEID, *Zur Lehre des C. N. von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, il quale fa una trattazione veramente scientifica della teoria della nullità nel Cod. Nap., che può applicarsi anche nel diritto nostro). La nullità relativa, invece, per la sua tradizione storica si caratterizza in modo preciso, e risulta dal contributo di due elementi: dalle *restitutio in integrum* del diritto romano, cioè nei casi di *errore, dolo, violenza, minoretà, lesione*; e dalle *azioni in nullità* dell'antica giurisprudenza, le quali erano riservate a determinate persone, che potevano soltanto esercitarle. Questi altri casi sono da riconoscersi nel diritto odierno, in quanto la legge stessa dichiara che *soltanto tali persone possono avvalersi della nullità*. Questi casi sono quelli che si riferiscono ai negozi conchiusi da *incapaci* (1106), *interdetti* (335), *inabilitati* (341), *minori emancipati* (322), *donne maritate* (137), *padre e tutore per gli atti eccedenti la semplice amministrazione* (227, 322), *istituti civili ed ecclesiastici ed in genere persone giuridiche che abbisognano dell'autorizzazione del governo, marito e moglie per ciò che riguarda l'alienazione od obbligazione del predio dotale* (1407). Fuori di questi casi, *che la legge ha espressamente sanzionati*, deve riconoscersi l'inesistenza

Un altro ordine di limitazioni si riferisce ai giudici, agli ufficiali del pubblico ministero, ai cancellieri, uscieri, notari ed agli avvocati e procuratori rispetto alle azioni litigiose che sono di competenza della Corte, Tribunale o Pretura di cui essi fanno parte od in cui esercitano le loro funzioni (1458). Questo divieto ha voluto evitare il pericolo di turpi speculazioni sulla giustizia, reso ancor

assoluta del negozio ed è illegale indurre dai probabili motivi della proibizione il carattere relativo di essa.

Queste osservazioni ci spianano la via per affrontare l'argomento letterale di cui si serve la dottrina comune per sostenere la relatività dell'inefficacia degli atti conchiusi in violazione dell'art. 1457.

L'art. 300 dice: Il tutore ed il protutore non possono comprare i beni del minore, nè accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il medesimo. Non possono neppure prenderne in affitto i beni, senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia; e l'art. 322, in fine del tit. IX del lib. I del codice stabilisce: Le nullità degli atti fatti in contravvenzione alle disposizioni di questo titolo concernenti l'interesse del minore non possono opporsi che dal tutore, dal minore e dai suoi eredi ed aventi causa. — Quindi si dice, se l'art. 300 ripete il divieto del tutore di comprare i beni del minore, e questo divieto produce nullità relativa, deve argomentarsi che anche tutti gli altri indicati dall'art. 1457 diano luogo soltanto ad una nullità relativa.

Senonchè, mi pare che sia erroneo mettere in relazione l'art. 300 con l'art. 322. Si noti, che l'art. 322 è posto in fine al lunghissimo titolo IX, e va interpretato in relazione ad altri testi dello stesso titolo.

La legge, quando si tratta di negozi conchiusi da incapaci, *senza le debite formalità integrative della capacità giuridica* o di negozi la cui conchiusione è affidata bensì a certe persone, ma che per la loro importanza la legge vuole circondati di *forme tutelari*, stabilisce come sanzione la nullità relativa del negozio conchiuso *senza le garanzie e le autorizzazioni richieste*, da farsi valere da colui a favore del quale queste garanzie sono stabilite.

La nullità relativa, in questo campo, *corrisponde sempre all'omissione di una forma tutelare autorizzativa*, voluta dalla legge per l'efficacia del negozio. Così l'art. 137 dice che gli atti conchiusi dalla donna maritata *senza l'autorizzazione* sono nulli e la nullità può essere opposta soltanto da lei, dal marito, eredi ed aventi causa. L'art. 341, che gli atti fatti dall'inabilitato *senza l'assistenza del curatore* sono nulli e la nullità è soltanto proponibile, ecc. L'art. 1407 che la nullità derivante dalla vendita dei beni dotali *senza l'autorizzazione del Tribunale* può farsi valere, ecc.

Ora, la norma dell'art. 322 è della stessa natura. Essa stabilisce che quando si sia contravvenuto alle disposizioni concernenti l'interesse del minore, cioè *quando si sia fatto a meno delle garanzie stabilite dalla legge e delle forme autorizzative richieste* per gli atti ed a tutela del minore, si ha la nullità relativa.

Quindi l'art. 322 deve mettersi in relazione con i soli casi in cui la legge impone una forma tutelare e ad essa si contravviene, cioè in special modo cogli art. 296: Il tutore, *senza l'autorizzazione del Consiglio di famiglia*, non può riscuo-

più grave dalla facilità con cui queste persone potrebbero procurarsi l'acquisto delle azioni litigiose ed esercitarne lo sfruttamento. Il diritto romano era ancor più severo su questo punto: perchè proibiva in genere la cessione di un'azione litigiosa *erga omnes* e per qualsivoglia titolo: « Lite pendente actiones, quae in iudicium deductae sunt, vel res pro quibus actor a reo detentis intendit, in coniunctam personam vel extraneam, *donationibus vel emptionibus vel quibus licet aliis contractibus, minime transferri ab eodem actore liceat, tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda* » (c. 2 Cod. VIII, 37).

Giustiniano però escluse dalla proibizione la cessione fattane a titolo di dote, o donazione obnuziale, ed a titolo di transazione, divisione, legato e fedecommesso. Invece gravò con penalità la proibizione generica dell'acquisto delle cose litigiose, obbligando l'*emptor* a restituire l'azione acquistata e d'altra parte a versarne il prezzo al fisco. Se però egli non avesse avuto *scientia* della litigiosità della *res*, l'acquisto era sempre invalido, ma gli era rimborsato il prezzo,

tere capitali, farne impiego, prendere denaro a mutuo, accordare pegni od ipoteche, alienare beni immobili, ecc. e 301: Tutte le deliberazioni del Consiglio di famiglia, per le quali siano autorizzati atti d'alienazione, di pegno od ipoteca, *devono essere sottoposte all'omologazione del Tribunale*, e art. 318 e seg., per cui il minore emancipato non può, *senza l'assistenza del curatore*, riscuotere capitali o stare in giudizio e per gli altri atti eccedenti la semplice amministrazione è necessaria l'autorizzazione del Consiglio di famiglia o di tutela, e, secondo i casi, l'omologazione del Tribunale. In relazione a questi articoli si spiega l'art. 322: Le nullità degli atti fatti in contravvenzione alle disposizioni di questo titolo concernenti l'interesse del minore non possono essere opposte che dal tutore, dal minore e dai suoi eredi ed aventi causa.

L'art. 300 invece sebbene incastrato in questo titolo ha un'esistenza a sè, autonoma, e contiene una proibizione assoluta: Il tutore non può comprare i beni del minore, nè accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il medesimo. Il divieto è preciso. La legge non si è contentata di subordinare l'efficacia del negozio ad alcuna forma ed autorizzazione, come fa poi nel c. v. riguardo alle locazioni, ma penetrata dell'entità e dell'importanza dell'atto, proibisce ed annulla senz'altro il negozio. È il caso di dire col WINDSCHEID, che il legislatore ha voluto rinforzare il divieto ed evitare financo il pericolo di un pregiudizio per il minore, dichiarando la nullità.

Se l'art. 300 contiene una proibizione assoluta, cade l'argomento d'analogia voluto indurre per gli altri casi indicati nell'art. 1457, analogia che del resto non avrebbe potuto estendersi per i casi espressi nell'articolo seguente, in cui il divieto è ispirato in modo manifesto ad alte ragioni d'ordine pubblico e d'interesse sociale.

accresciuto anzi di un terzo che a titolo di penale doveva pagare l'alienante di malafede. Il divieto di vendita delle azioni litigiose era poi completato dall'altra disposizione per cui se la cessione fosse stata fatta ad una persona potente allo scopo di vessare l'avversario in giudizio, il cedente era punito con la perdita del credito: *jactura causae afficeretur* (c. 1 Cod. II, 14).

Questo diritto fu introdotto da una costituzione dell'imperatore Claudio, confermata più tardi da Arcadio, Onorio e Teodosio (c. 2 Cod. *h. t.*).

Per conseguenza erano anche nulle le donazioni di *res litigiosae* che si facevano al fisco: « *huiusmodi litium donationem admitti temporum meorum disciplina non patitur* » (c. 2 Cod. II, 8).

L'imperatore Anastasio stabilì inoltre che quelli che compravano dei diritti anche prima di essere controversi, si dovessero sempre ritenere come *redemptores litium* e, come tali, potessero soltanto esercitarli nella misura del prezzo sborsato. Eccettuò da questa regola le trasmissioni di azioni ereditarie fra coeredi, le cessioni *pro solvendo* fatte al creditore, od al possessore per debito o quelle fatte per legato o donazione. Le prime due eccezioni sono tuttavia conservate nel diritto nostro, riferendosi però alle persone, cui è vietato di acquistare diritti litigiosi (1458 c. c.).

Ma indipendentemente dal divieto fatto agli ufficiali pubblici di acquistare diritti litigiosi, noi troviamo nel diritto giustiniano uno sfoggio di severità riguardo ai giudici, ai presidi, ai prefetti di provincia, ed in genere rispetto a tutti quelli ch'esercitavano una pubblica amministrazione. Infatti era loro proibito in modo assoluto di comperare beni immobili da qualunque persona ed anche beni mobili, tranne che si riferissero al vestiario ed al cibo: « *praeter eas quae ad alimoniam vel vestes pertinent* », ed inoltre di poter edificare case senza uno speciale rescritto dell'imperatore. Anche la donazione in loro confronto era proibita, per rimuovere il pericolo di corruzione: *donationem vero omnimodo recusent* (c. 1 Cod. I, 53).

L'articolo in esame, 1458, ci parla ancora della proibizione del patto tra avvocato e cliente, in ordine alle cause in cui quegli presta il suo patrocinio, e quindi della convenzione con cui l'uno stipuli il suo onorario su una parte dei diritti che si fanno valere in giudizio o su un'aliquota della vittoria, od in qualsivoglia altro modo venga ad acquistare la proprietà dei diritti litigiosi che gli furono affidati. Esercitando questa nobile e delicata funzione della lotta e della difesa del diritto, l'avvocato non deve profittare di essa per trarre occasione a lucrare turpi e disdicevoli guadagni ed abusare della

fiducia ripostagli. « Videlicet ut non *ad turpe compendium stipemque deformem*, haec arripiatur occasio » (c. 6 § 5 Cod. II, 6)¹).

Perciò era detto: « Nullum contractum ineat advocatus, nullam conserat pactionem » (c. 9 § 3 C. h. t.). Col *pactum de quota litis* non è da confondere il patto con cui il cliente dopo terminata la causa soddisfi l'avvocato, anche dando in pagamento parte dei diritti conseguiti e riconosciuti in giudizio. Infatti allora termina la ragione del sospetto e perciò del divieto. « Sed hoc ita ius est, *si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero post causam actam*, peti poterit » (L. 1 § 12 D. 50, 13), trattandosi però che fosse di un onorario regolare. La misura lecita fu stabilita in una costituzione di Claudio ad una somma non eccedente i cento aurei.

54. e) *Patti lesivi ed iniqui.*

È nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni, o per cui i capitali o gli effetti posti in società da uno o da più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite (1719).

« Mucius lib. 4 scribit: Non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem sociusferat » e Servio nelle sue note sopra Muzio aggiunge: « Ne posse societatem ita contrahi: neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnus, nisi omni lucro deducto » (L. 30 D. 17, 2). Paul. *ad Sab.* Cfr. pure 29 § 1, 2 D. h. t.

Un'applicazione di questi principî troviamo all'art. 1440 c. c. per cui è dichiarato nullo il patto che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una maggior parte di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione. Altre forme di società leonina, che il legislatore ha saviamente riprovate, s'incontrano nel contratto di soccida. Ivi è detto, art. 1677: non si può stipulare che il conduttore sopporti più della metà della perdita del bestiame, allorchè avvenga per caso fortuito e senza sua colpa. Che egli abbia nella perdita una parte più grande che nel guadagno. Che il locatore prelevi in fine della locazione qualche altra cosa, oltre il bestiame dato a soccida. Ogni convenzione di tale natura è nulla²).

¹ Sul patto quotazio vedi una bella sentenza della Cass. di Torino, 8 novembre 1886 (*Foro It.*, 87, I, 27).

² Invece il nostro legislatore permette i cosiddetti affitti *a fuoco e fiamma*, cioè con rinunzia a tutti i casi fortuiti preveduti ed impreveduti (1621), per cui il locatario viene ad assumere una responsabilità smisurata e sproporzionata al gua-

Ancora sotto questa categoria rientrano quei patti nella compra e vendita, con cui si volesse dal venditore stipulare la non garanzia, per l'evizione risultante da un fatto proprio (1484). Evidentemente una tale irresponsabilità per dolo sarebbe immorale. « Nisi forte *sciens* alienum vendit: tunc enim, secundum supra a nobis relatum Juliani sententiam, dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit » (L. 11 § 18 D. 19, 1) Ulp. ¹⁾.

È altresì dichiarata nulla la rinunzia alla facoltà di domandare la rescissione per causa di lesione (1529) affinchè un rimedio dettato da un sentimento di giustizia a soccorso dei contraenti non potesse esser frustrato con private convenzioni.

E la rinunzia alla prescrizione ancora da compiersi (2107) affinchè non venisse fallito lo scopo per cui è ordinato l'istituto della prescrizione, che è di non lasciare lungamente in sospenso i domini e di dare col decorso del tempo un assetto definitivo alla pertinenza dei fondi ²⁾.

Così pure la rinunzia al diritto di revoca delle donazioni per sopravvenienza di figli (1084), perchè non si rendesse possibile per una inconsiderata liberalità che un terzo estraneo godesse e scialacquasse i beni ricevuti, mentre il donante restasse privo di mezzi per sovvenire all'educazione e al mantenimento dei propri figli e contribuire a formar loro una posizione economica vantaggiosa.

È anche illecita l'esenzione convenzionale dall'obbligo del rendiconto fatta dal pupillo al tutore (304) ³⁾.

dagno che ritrae dal godimento del fondo; tanto più che queste rinunzie sono di stile nei rogiti e nelle scritture private, e spesso è dubbio l'indagare se vi fu vera volontà di obbligarsi.

¹⁾ Il Cod. germ. dichiara anche la nullità del patto di non garanzia per vizi e difetti della cosa, quando questi siano stati occultati dal contraente. Così nella vendita (§ 443, 476), nella locazione (§ 540), nell'appalto (§ 637), ecc.

²⁾ Cfr. § 1502 Cod. austr. « Il contratto per cui è esclusa in precedenza la prescrizione o si stipula un più lungo termine del termine prescrizione fissato dalla legge, è nullo ».

³⁾ Anche un *legatum liberationis* è per il nostro diritto inefficace. Invece nel D. R. era valido. « Cum necessitatem reddendae rationis defunctus remittendam tibi esse petierit, manifesti iuris est voluntatem defuncti immutatam esse debere » (L. 18 C. VI, 42). Infatti se ne incontrano esempi numerosi nelle fonti. Così: « *Quaestionem curatoribus meis nemo faciat. Rem enim ipse tractavi* » (20 § 1 D. 34, 3). « *Et si quid me vivo gessit, rationes ab eo exigi veto* » (31 § 1, h. t.). « *Rationem tutelae meae, quam egit Publius Maevius cum Lucio Titio, reposci ab eo nolo* » (31 § 2, cod.). Questo legato aveva però per contenuto, come insegna MARCIANO (119 D.

Infine è da ricordare fra i patti contrari all'equità, il patto commissorio (1884 c. c.).

Nel periodo classico della giurisprudenza romana, il pegno dava al creditore un doppio diritto: quello di possedere la cosa impegnata a sicurtà del suo credito e quello di venderla, per soddisfarci col prezzo della somma dovutagli.

Anzi era in certo modo inutile la convenzione contraria colla quale si inibisse l'alienazione, *ne liceat hypothecam vendere vel pignus*, poichè il creditore poteva tuttavia alienarla, purchè avesse fatto una denuncia al debitore intimandogli di pagare, e questi non avesse pagato (L. 4 D. 13, 7) ¹⁾.

Adunque o con la denuncia, nel caso fosse vietata la distrazione, od anche facendone a meno, nel caso contrario, il creditore poteva sempre, senza l'intervento del magistrato, procedere all'alienazione del pegno, rendendone però in ogni caso informato il debitore ed agendo di buona fede: « notum debitori facere et sibi bona fide rem gerere » (L. 4 Cod. VIII, 28). Il dippiù del prezzo cogli interessi doveva essergli restituito « id quod debitum excedit, cum usuris » (L. 2 D. 13, 7). Era anche lecito il patto col quale si conveniva che, non pagato il debito, il pignoratario venisse ad acquistare la cosa come compratore, facendosi indi l'estimazione del prezzo: *iure emptoris possideat rem justo practio tunc aestimandam*. In tal caso si considerava fin da principio come si trattasse di una vendita condizionata *pro solvendo: videtur quodammodo conditionalis est venditio* (L. 16 § 9 D. 20, 1).

de leg. I), soltanto la liberazione dal conto particolareggiato e minuzioso: *ne scrupolosa inquisitio fiat*, ma non dava dritto al tutore di serbare per sè le somme ed i beni del pupillo e tutto ciò che avesse percepito dalla tutela, nè lo esonerava dalla responsabilità per dolo. Vedi anche ULPIANO (L. 9 D. *h. t.*).

Nel dritto nostro è stata anche giudicata non scritta la condizione che taluno amministrasse i beni di un minore senza renderne conto (C. Napoli 9 giugno 1874, *Giurispr.*, XI, p. 5).

¹⁾ Un patto che si stipulasse oggi fra creditore e debitore, per cui il primo rinunziasse alla facoltà di vendere il pegno, sarebbe illecito? Così sostiene il GIORGI, (III, § 324 *i. f.*). Io non veggio però contro quale proibizione di legge urti tale patto, e credo invece che sia da riconoscersi efficace, potendo le parti avere voluto limitare i diritti del creditore al solo diritto di *ritenzione* per il soddisfacimento delle somme dovute (1888). Questo patto potrebbe essere adoperato frequentemente nei casi in cui si dà in pegno un oggetto prezioso o caro ed a cui si attacca un valore d'affezione e che l'obbligato non vorrebbe in nessun caso perdere, ma che non potrebbe mai riavere, se non pagando il suo debito.

Anche secondo il nostro diritto tale convenzione è valida ¹⁾.

Con questa invece non è da confondersi il vero patto commissorio, col quale senza estimazione di prezzo e quindi senza la possibilità nel debitore di ricevere l'eccedenza di valore del pegno sul suo debito, si stabiliva che il pegno, spirato inutilmente il termine per la soluzione, divenisse *ipso iure* ed irrevocabilmente proprietà del creditore pignoratario.

Questo patto manifestamente iniquo fu proibito da Costantino, il quale ne volle fino alla lontana posterità estinta fin anco la memoria: « Quoniam, inter alias captiones, precipuae commissoriae pignorum legis creseit asperitas, placuit infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri » (L. fin. Cod. VIII, 35). La nullità del patto commissorio si conservò inalteratamente attraverso il diritto intermedio, specialmente per influenza delle leggi canoniche che scorgevano in esso un mezzo pericolosissimo per mascherare l'usura. Il nostro legislatore, seguendo la tradizione, ha conservato il divieto (1884) ²⁾. Taluno ha osservato che l'ammettere questa proibizione è un'incoerenza della nostra legge, la quale d'altra parte ha accolto il principio della libertà degli interessi convenzionali. Pure, io credo, che ciò non può portare a far sanzionare in tutti i casi ogni manifesta iniquità, e che è giusto l'intervento legislativo dove il pericolo è più grave per non lasciare aperta la via a delle impudenti spogliazioni ³⁾.

Nota che l'illiceità del patto commissorio sussiste anche quando l'appropriazione stipulata sia convenuta a vantaggio del fideiussore o di un terzo, essendo identico il motivo del divieto e palese il tentativo di far frode alla legge ⁴⁾.

55. f) Patti esorbitanti.

Vi sono certi negozi, i quali non per sè stessi, per loro natura, sono vietati, ma perchè presentano un carattere eccessivo, peccano

1) Così pure è valido il contratto con cui il debitore alla scadenza del debito dà volontariamente *in solutum* la cosa impegnata (34 D. 13, 7).

2) Vedi pure § 1229 Cod. germ. « Un patto stipulato prima che si verifichi il diritto di vendita, per cui al creditore pignoratizio, qualora non venga soddisfatto o non lo sia a tempo debito, debba devolversi o esser trasferita la proprietà della cosa, è nullo ».

3) JANNUZZI, *Studio sul pegno* (Filangieri, 1880, I, 188).

4) Nel dritto inglese e scozzese i patti commissorii con riscatto a lunga scadenza sono riconosciuti validi allo scopo di mascherare un mutuo ipotecario: ma a convenzione è soggetta alla revisione del magistrato.

d'esagerazione. La legge cioè li consente, ma in una data misura, entro un certo limite, oltre il quale diventano illeciti ¹⁾. Senonchè, in questi casi, invece di aversi la nullità assoluta del rapporto giuridico che ne deriva, la legge provvidamente interviene e, correggendo l'esagerazione del patto, lo lascia sussistere fino alla misura fissata.

La nullità cioè cade in quell'eccedenza viziosa che va eliminata.

Qui sono da annoverarsi la locazione d'immobili per un tempo superiore ai 30 anni (1571), il patto d'indivisione oltre il decennio (681) ed il patto di riscatto ultraquinquennale (1516). La locazione perpetua era permessa nel diritto comune, dove assumeva la forma di un'enfiteusi: oggi nell'interesse della proprietà fondiaria la legge ha voluto limitarne la durata. Anche per lo stato della comunione è prefisso un termine, non sormontabile, nel Cod. Nap. di cinque anni, nel nostro di dieci. Questo termine può tuttavia prorogarsi, beninteso però che dal dì della proroga non corra un decennio. Finalmente il patto di riscatto, a stento introdotto nella nostra legislazione per gli inconvenienti che l'accompagnano, è limitato a cinque anni. Infatti è d'interesse generale che i domini non restino lungamente in sospenso, ma vengano a riposare stabilmente in testa di qualche persona, affinchè i beni ricevano quella cultura e quel miglioramento che è necessario alla loro maggior produzione e che solo può impiegare colui che sa di essere assoluto ed irrevocabile proprietario. Un acquisto subordinato alla condizione risolutiva del riscatto è un acquisto a mezz'aria, un acquisto su cui il compratore non può contare e che non gli ispira fiducia, e che anche in commercio è stentatamente circolabile.

È quindi opera di una saggia politica il restringere quanto più è possibile questi stati intermedi, indefiniti, vacillanti sulla loro base, e che fanno risentire le conseguenze più dolorose, sconvolgendo il sistema ipotecario con la retroazione dei loro effetti. Il termine stabilito per la convenzione del riscatto è perentorio, e non può esser prorogato (1517).

Ancora è da annoverarsi in questa categoria la stipulazione di una fideiussione eccedente il debito garantito o contratta sotto condizioni più gravose.

Una tale fideiussione è valida fino alla misura dell'obbligazione principale (1900). Nel diritto romano invece si accettava la conce-

¹⁾ LAROMBIÈRE, op. cit. I, 1133, n. 50.

zione più rigorosa della nullità dell'intera fideiussione. « Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causa adhibiti, placuit eos omnino non obligari » (L. 8 § 7 D. 46, 1) ¹⁾.

56. g) Obbligazioni che offendono la personalità umana.

È vietata l'obbligazione della propria opera al servizio di un terzo in perpetuo (1628). Un tale vincolo infatti importerebbe una vera schiavitù, che è oggi sparita dalle istituzioni politiche ed è incompatibile coi nostri costumi.

È questa una conquista dei tempi moderni. Infatti fin dai tempi più antichi e nelle più lontane civiltà troviamo praticato il sistema della schiavitù. Ora era il popolo vinto che serviva al vincitore, ora era la classe infima della plebe ch'era ridotta a servaggio dalle classi privilegiate, così nei paesi dove predomina l'organizzazione di casta, come in China, ora i servi si acquistavano per mezzo della pirateria, come presso i Fenici, ed anche più recentemente colla tratta dei negri, d'infausta memoria, talvolta erano abbassati al grado di servi i condannati ad una pena capitale: in Roma, troviamo anche i servi per debiti, donde ebbe origine la famosa secessione del popolo sul monte Sacro. In tutti i casi il servo era considerato come una cosa, non aveva diritti, poteva esser maltrattato, costretto ai lavori più faticosi e degradanti, venduto, ucciso, a volontà del padrone.

A poco a poco però la sua condizione si addolcì, specialmente per influenza del cristianesimo, e nel medio-evo vediamo la schiavitù trasformarsi in servitù della gleba. L'uomo diventa un accessorio della terra e vive attaccato ad essa, fuori della quale non esiste: venduto il fondo passa al nuovo padrone, la sua libertà è vincolata, egli non può alienare od acquistare o fare delle coltivazioni, senza il beneplacito del suo signore; nè può senza il suo assenso contrar matrimonio, cui anzi compete l'*ius primae noctis*, che più tardi venne abolito in seguito alle feroci rappresaglie cui dava luogo, ammettendosi la possibilità di riscattarsi da questa infame onta, mercè una tassa che si pagava a titolo di riconoscimento.

Sgretolatosi il feudalesimo, la servitù della gleba si disfece con esso. O meglio, si affrancarono i servi dal vincolo che li immobilizzava al suolo, ma restarono tuttavia attaccati al padrone, cui dovevano continuare a prestar dei servigi, a vendemmiare, a mietere, ad arare per suo conto, e poi ad attingere l'acqua dalle sue fonti, a

¹⁾ Cfr. L. 9, 10, 11, 34 e 38 h. t.

molire il grano nei suoi molini, a comprar le biade da lui, ecc.: è il tempo delle *angarie*, delle *parangarie*, delle *corvate*, delle *bandite*, che solo più tardi vennero a modificarsi e restringersi per l'intervento della legge. Ma un'influenza più benefica e decisiva per l'emancipazione di questi lavoratori esercitarono le associazioni di essi, che riuniti in un sol fascio, potevano vittoriosamente lottare e resistere agli abusi e privilegi dei loro signori. Così troviamo le *giurande* in Francia, le *gilde* in Germania, le *corporazioni d'arti e mestieri* in Italia. Nel loro seno l'operaio trova protezione e soccorso ed acquista le attitudini ad organizzarsi ed è educato a sentire la propria personalità e difenderla contro le prepotenze altrui. Ma ben presto le corporazioni tralignarono dal loro scopo, e si ridussero a strumento di privilegio a favore di pochi ed a mezzi di inceppamento del lavoro libero, divenendo delle vere consorterie, perpetuamente rivali fra loro ed in continua guerra. Finalmente colla rivoluzione francese anche le maestranze furono tolte, quest'ultime forme di servaggio abolite, e colla celebre proclamazione dei diritti dell'uomo, fu ufficialmente riconosciuta l'eguaglianza giuridica della personalità umana in tutti gli individui, e l'intangibilità di essa contro ogni imposizione dei potenti ed anche contro le volontarie pattuizioni dei privati ¹⁾.

Il nostro legislatore perciò, sulle tracce del Cod. Nap., penetrato dello spirito dei tempi moderni, ha voluto impedire che con la locazione indefinita dei propri servigi a vita, non si venisse a ricostituire un vincolo di asservimento e di dipendenza umiliante, incompatibile colla naturale autonomia e libertà dell'uomo ²⁾.

Però è da notarsi che è proibita quella locazione che ha per oggetto dei servigi materiali, continui, vili; per i quali l'obbligato deve restare in uno stato di soggezione verso il conduttore. Invece non sarebbe nulla l'obbligazione di prestare in perpetuo la propria opera liberale, così d'un avvocato, o medico, od architetto che s'im-

¹⁾ Cfr. *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, art. 15: Ognuno può impegnare il suo lavoro, ma non può vendersi, nè esser venduto: la sua persona non è una proprietà alienabile.

²⁾ Si comprende che anche un contratto di locazione stipulato per un lunghissimo termine (p. es. 40 anni) quanto presumibilmente può durare la vita del locatore, andando contro lo spirito della legge rientrerebbe sempre nel divieto dell'art. 1628. Del resto è rimesso al savio apprezzamento del giudice il vedere nei casi contreti se vi è *fraus legis*.

pegnasse a vita di assumere la difesa di tutte le cause, o curare in tutte le malattie, o dirigere tutte le costruzioni che lo stipulante sarebbe per compiere. In questo caso essendovi un'intermittenza di servizi e *non intaccando essi la dignità umana*, la convenzione dovrebbe reputarsi lecita ¹⁾.

Si è fatta quistione se la nullità derivante da un contratto proibito di locazione perpetua sia assoluta e quindi invocabile da entrambi i contraenti, o soltanto relativa a colui nel cui interesse è stabilita, cioè a chi ha vincolato indefinitamente la sua opera. Ed un'autorevole corrente di scrittori inclina per questa seconda opinione, considerando la locazione, contratta puramente e semplicemente da una parte, e sotto condizione risolutiva potestativa dall'altra.

Riproduco alcune osservazioni del Larombière: « Io non posso credere che un padrone possa, sotto il pretesto che la legge proibisce la locazione delle persone in perpetuo, espellere in nome della libertà, dell'ordine pubblico, e forse anche dell'umanità un vecchio servitore, quando le infermità degli anni hanno reso i suoi servizi meno utili. Non è un'amara derisione questa invocazione della libertà a suo riguardo? »

Io non mi trattengo dal riconoscere che l'inconveniente lamentato da questi scrittori esiste, e che purtroppo è vero che l'operaio abbia interesse talvolta a continuare le sue prestazioni, per ricevere pacificamente il mantenimento assicuratosi: ma ciò non importa che debba contro la parola della legge deviare dalle logiche conseguenze cui porta rigorosamente il principio d'ordine pubblico per cui è dettata questa disposizione. Sarebbe un'anomalia che non può ammettersi senza un appoggio legislativo. Perciò ritengo trattarsi di nullità assoluta e quindi deducibile da qualunque dei contraenti ²⁾.

Intanto ci auguriamo che quando la legislazione, accogliendo nel suo seno quel ricco materiale che la scienza ha elaborato, foggerà la nuova figura del contratto di lavoro ³⁾, possa dar libertà ai pri-

¹⁾ Cfr. LAROMBIÈRE, I, 1133, n. 18: « Ce qu'il a en effet de dégradant dans un engagement de services à vie ne tient pas à la perpétuité seule, mais encore à la continuité des services. C'est elle qui établit une servitude de tous les jours, de tous les instants, l'homme ne s'appartient plus ni jamais, il est dans une dépendance et une sujétion . . . ».

²⁾ Vedi in questo senso recentemente il BARASSI, *Contratto di lavoro*, pag. 70. Quanto all'essere stabilito il divieto nell'interesse dell'operaio, vedi la nota a pag. 120.

³⁾ BRENTANO, *Ueber Arbeitseinstellung und Fortbildung des Arbeitsvertrags*; SCHMOLLER, *Die Natur des Arbeitsvertrags*; STOCQUART, *Le contrat de travail*; HUBERT-

vati di contrarre anche delle locazioni della propria opera in perpetuo, ammettendo però riguardo al vincolato la facoltà di disdetta periodicamente, così ogni cinque anni, com'è nel codice germanico (§ 624).

Una obbligazione vincolante la personalità umana è anche quella con cui alcuno s'impegna di sposare una persona determinata. Questa convenzione non è civilmente obbligatoria (53) ⁴).

57. h) Patti vietati nel contratto d'enfiteusi.

Le principali innovazioni con cui la nostra legge ha ammoderato il contratto d'enfiteusi, rendendolo conforme alle nuove esigenze economiche, sono la libera disponibilità del fondo enfiteutico ed il diritto d'affrancazione coatta.

L'enfiteuta gode e dispone liberamente del fondo concesso nel modo più assoluto, così che il suo diritto si tramuta in una vera proprietà, riducendo il diritto del domino diretto ad un *ius in re aliena*. L'unico vincolo effettivo che ancora unisce l'enfiteuta al concedente è l'obbligo del canone, e di questo vincolo egli può liberarsi quando vuole coll'affrancazione.

Così l'enfiteusi si è venuta allontanando dalle sue origini e trasformandosi in un contratto d'alienazione: chi costituisce un diritto enfiteutico si spoglia del dominio, riservandosi un diritto reale, il quale alla sua volta può essere estinto incondizionatamente e subitaneamente il rimborso del capitale del canone.

Ma forse, così conformato l'istituto dell'enfiteusi per troppo amore di libertà, ha perduto in parte la sua funzione economica, quella di promuovere il miglioramento fondiario e lo sviluppo dell'agricoltura, perchè con la possibilità per il proprietario di perdere sempre il fondo concesso, difficilmente si ricorre a questo contratto che è divenuto oramai più raro e tende a cadere in desuetudine.

Ad ogni modo la nostra legge ha ordinato imperativamente che i privati non potessero derogare a queste innovazioni introdotte nel pubblico interesse (1557) e quindi non resta all'interprete che il modesto ufficio di applicare il dettato legislativo.

Così sono nulli i patti con cui si vieta la libera disposizione del fondo, oppure con cui, pur non vietandola, si voglia inepparla in

VALLEROUX, *Le contrat de travail*; JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*; MODICA, *Il contratto di lavoro*; BARASSI, *Il contratto di lavoro*.

⁴) Trib. Melfi, 5 maggio 1869 (*Gazz. Nap.*, XXII, 158). « È nullo qualunque patto o penale che tende a vincolare negli sponsali la libertà degli sposi ».

alcun modo o renderla difficile, stabilendo condizioni gravose, oneri, o subordinandone l'esercizio ad un dato tempo. È anche nullo ogni patto con cui si vieti di redimere il fondo o con cui si faccia obbligo all'enfiteuta di redimerlo, trascorso un certo tempo, o con certe condizioni o modalità. L'art. 1564 dice: « l'enfiteuta può *sempre* redimere il fondo enfiteutico » dove in quest'affermazione energica e recisa è implicita la volontà assoluta della legge di non ammettere deroghe di sorta. In questa categoria di patti che vogliono restringere o rendere gravoso il diritto all'affrancazione, rientra il patto con cui si stabilisca che l'enfiteuta debba pagare per redimere un capitale superiore a quello del canone. Nell'art. 1554 c. c. è detto: « le parti possono *tuttavia* convenire il pagamento di un capitale *inferiore* a quello sopra accennato » da cui può indursi a contrario che non possono convenire un capitale superiore. Ciò del resto è detto espressamente per il caso analogo delle enfiteusi temporanee (1554 i. f.).

Inoltre la nostra legge espressamente proibisce il patto del laudemio (1562). Si noti però che il patto è rispettato per le concessioni anteriori alla pubblicazione del cod. civ. (art. 30 Disp. trans.).

Infine mentre l'enfiteuta può dare in locazione o gravare d'ipoteca o imporre di servitù o costituire in usufrutto il suo diritto enfiteutico non può alla sua volta concederlo in enfiteusi. La subenfiteusi, dice l'art. 1562, non è ammessa.

Veniamo ora ad alcune questioni che si fanno in tema di devoluzione.

La devoluzione avviene per colpa dell'enfiteuta in due casi, o per il non pagamento biennale del canone dopo una legittima interpellazione ricevuta o per il deterioramento del fondo enfiteutico.

Ora interessa sapere:

- 1.^o se possonsi stabilire per patto altri casi di devoluzione;
- 2.^o se possonsi modificare per patto le condizioni stabilite dalla legge per la devoluzione ordinaria.

Sul primo punto è da osservare che la devoluzione non è altro che la risoluzione del contratto enfiteutico per inadempimento degli obblighi contrattuali, cioè è una applicazione specialmente regolata dell'art. 1165, ed è un effetto normale del negozio. Quindi non v'ha niente d'illecito a che le parti facciano derivare la risoluzione del contratto e di conseguenza la devoluzione del fondo dall'inadempimento di altri obblighi stabiliti nel contratto d'enfiteusi. Si ha in questo caso una devoluzione convenzionale di fronte alla

devoluzione legale, di cui si hanno esempi frequentissimi nelle concessioni temporanee.

Sulla seconda quistione, noto, che per la liceità delle modificazioni alle condizioni di esercizio della devoluzione legale sta un argomento decisivo desunto dalla lettera della legge. L'art. 1557 indica espressamente i casi in cui la libertà contrattuale è limitata, cioè le convenzioni delle parti non possono essere contrarie alle disposizioni degli art. 1562, 1563, 1564. Fuori di esse i contraenti possono regolare come vogliono i loro rapporti. Quindi le norme contenute nell'art. 1565 non furono ritenute d'ordine pubblico e sono derogabili dai contraenti. Così sarebbe valido il patto che la devoluzione avesse luogo dopo tre anni o dopo un anno solo dall'interpellanza o subito dopo ¹⁾, ovvero per cui l'enfiteuta rinunziasse al beneficio di essere interpellato ²⁾, o al diritto di ottenere il rimborso delle migliorie in caso di devoluzione ³⁾, ecc.

58. i) Patti vietati nel contratto di mutuo.

Dal nostro legislatore è stata riconosciuta in certo modo efficacia all'anatocismo. È questa un'ardita innovazione che fa riscontro all'altro principio nuovo introdotto nel nostro codice della libertà degli interessi convenzionali.

Nel diritto romano invece *usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt* (L. 26 § 1 D. 12, 6) e Giustiniano infisse l'infamia a quelli « *usuras usurarum illicite exigentibus* » (l. 20 C. II, 12). Il diritto intermedio poi ed il diritto canonico furono sempre ostilissimi a questa moltiplicazione degli interessi, ed anche il cod. Nap. ne mantenne l'esclusione.

Ma infatti v'era niente di più contraddittorio di questa proibizione dell'anatocismo. Perchè ammesso il principio che il capitale è capace di produrre interessi e che questi interessi non sono altro che frammenti di capitale e quindi alla lor volta fruttiferi; data l'ipotesi degli interessi cumulati al capitale, doveva logicamente riconoscersi che il computo dei nuovi interessi avrebbe dovuto calcolarsi in base al capitale aumentato. Senonchè vari pregiudizi, e più ancora i pericoli e gli abusi cui dava luogo un tale sistema, tennero sempre lontano il legislatore dal riconoscerne la liceità. Perchè è notevole, come con l'anatocismo succede, che silenziosamente e

¹⁾ FULCI, *Devoluzione del fondo enfiteutico* (App. XXI al vol. VIII del LAURENT).

²⁾ App. Palermo, 6 settembre 1876 (*Circ. giur.*, V, pag. 169).

³⁾ App. Napoli, 20 dicembre 1871 (*Ann.*, VI, 2, 131).

senza che il debitore se ne accorga, venga ad elevarsi prodigiosamente ed in breve tempo il capitale dovuto. Si tratta di una progressione geometrica e continua, che non ammette limiti. La nostra legge però ha voluto temperare questi eccessi, impedendo in certo modo le *sorprese insidiose* da parte del creditore e la *moltiplicazione indefinita e spontanea* delle usure, e ciò con un doppio ordine di restrizioni: l'una, che impone per il decorrimento di questi sopra-interessi una domanda giudiziale da parte del creditore, od una convenzione posteriore alla scadenza dei primi interessi, reciprocamente concordata fra mutuante e mutuatario; l'altra, che limita la capitalizzazione degli interessi soltanto agli anni, e non a giorni, spezzando così la progressione vertiginosa degli interessi composti. Un patto contrario per cui si volesse fare a meno di tali garanzie sarebbe nullo (1232)¹⁾.

Eguualmente per correggere in certo modo la libertà sconfinata degli interessi convenzionali e quindi le conseguenze gravose che ne derivano, si è voluto accordare al debitore la facoltà di liberarsi, dopo cinque anni, dalle somme dovute portanti un interesse superiore alla misura legale, restituendole al mutuante, non ostante qualunque patto in contrario (1832).

Così si è dato un mezzo di respiro al debitore, che, cessato il bisogno del momento, forse anela sgravarsi dell'interesse usurario che lo opprime.

Finalmente dobbiamo accennare ad un'ultima questione che può dirsi oramai spenta e che presenta perciò soltanto un interesse storico, cioè, se sotto il corso forzoso era lecito il patto di pagamento in moneta metallica, od in moneta cartacea con l'aumento dell'aggio. Questa questione al suo tempo sollevò vari dissensi nella dottrina e scisse la giurisprudenza, gli uni ritenendo valido il patto, altri vietato. Ma ora che l'ardore della lotta è venuto meno, e quindi con più riflessione e serenità può formularsi un giudizio, vediamo di risolvere la tesi proposta.

L'art. 3 del Decreto 1.º maggio 1866 sul corso forzoso suonava in questi termini: « I biglietti della Banca Nazionale saranno dati e

¹⁾ Cfr. § 248 cod. germ.: « Il patto conchiuso in anticipazione che gli interessi scaduti debbano produrre nuovi interessi è nullo ».

Ma sarebbe efficace una convenzione per cui con effetto retroattivo si rendessero fruttiferi gli interessi già scaduti. Vedi in proposito la monografia del BIANCHI, *Sulla retroattività dell'anatocismo convenzionale* (Arch. giurid., 18, pagina 27 e seg.).

ricevuti come denaro contante per il loro valore nominale per pagamento effettuabile nello Stato, tanto fra l'erario e privati, quanto fra privati, società, e corpi morali fra loro vicendevolmente, *non ostante qualunque contraria disposizione di legge o patto convenzionale* ».

Io credo che il legislatore non poteva spiegarsi meglio e più esplicitamente. Infatti quale fu lo scopo che si propose quest'infesta legge del 1866? Volgevano allora tristissimi tempi per la finanza italiana, e per sovvenire alle stringenti necessità del bilancio fu imposta a tutti i cittadini la circolazione cartacea, con pari effetto della circolazione metallica. Si emisero cioè dei titoli fiduciari, delle carte-monete, che avevano soltanto un valore di credito legale, e non un valore intrinseco, effettivo; e si dissero equivalenti alle monete metalliche e quindi non rifiutabili da chicchessia. Si volle in tal modo la parificazione di esse, e s'impedì con ogni mezzo che la carta moneta subisse un deprezzamento, ciò che avrebbe portato al fallimento morale dello Stato, oltre a gravissime conseguenze economiche. Perciò nullità di tutti i patti, con cui si cercasse di rifiutare la moneta di carta o farla scadere di valore mercè stipulazione dell'aggio o di una penale corrispondente. La pubblica utilità reclamava questo *ius singulare*, e gli interessi privati dovevano essere subordinati a quella, e non mettersi in opposizione coi supremi bisogni dello Stato. Se fu grave la misura, se fu penosamente sentita, non si può che dolersene, ma è inutile sfuggirvi; si ricordi che il corso forzoso si riduce in sostanza ad una imposta su tutti i cittadini.

Questi concetti già chiariscono la questione nelle sue linee.

Poteva sotto il corso forzoso considerarsi valida la stipulazione dell'aggio o del pagamento in moneta effettiva? No, certamente, questo patto allora era illecito, perchè contrario alla parola della legge ed allo spirito che l'animava. Lo scopo di essa infatti andava così fallito, era tradito nei suoi effetti e portava a conseguenze pericolose. Inutile perciò parlare di buona fede e della salvezza delle convenzioni liberamente consentite, quando imperava allora una legge proibitiva d'interesse pubblico, che restringeva appunto questa libertà. Inopportuno poi ricordare gli art. 1822 e 1823 c. c. che sono inapplicabili alla specie, in quanto ivi si considera il mutuo di una *quantità* di monete, da determinarsi singolarmente per numero, misura o peso, mentre ordinariamente nei mutui si presta un *valore*, da determinarsi con monete secondo il titolo e conio legale ¹⁾.

¹⁾ Condizione essenziale della moneta, osserva la C. di App. di Palermo (4 febbraio 1876, *Foro Ital.*, 1876, I, 565), si è quella di avere un valore proprio che

Questa questione parve però risorgere col Decreto-legge del 26 febbraio 1894, il quale (art. 3) sospese temporaneamente l'obbligo del cambio dei biglietti a debito dello Stato, dando facoltà agli istituti di credito di esigere il pagamento del cambio. Senonchè, di fronte alla legge del 1881, cui questo decreto non immuta, la quale tolse espressamente il divieto già stabilito dalla legge del 1866, credo che non possa esser dubbio che ci troviamo non più in un regime eccezionale, ma in un regime normale, e che quindi il patto del pagamento in moneta metallica oggi debba ritenersi valido.

59. l) *Giuochi e scommesse* ¹⁾.

Fra i contratti proibiti possono anche annoverarsi i contratti di giuoco e le scommesse. La legge, salvo casi speciali, non crede di intervenire e prestare forza giuridica alle obbligazioni nascenti *ex*

possa servire di misura comune ai valori permutati, e così agevolare lo scambio delle derrate e la prestazione dei servizi; ma quello che fa sì che il valore della moneta sia invariabile è l'autenticità datale dal potere sociale. Ora se è necessità che per l'ordine sociale invariabile si mantenga il valore della moneta, sia questa d'oro o d'argento, sia questa tutta fiduciaria, interessa all'ordine pubblico che il valore nominale datale dal governo sia giuridicamente il valore reale, che quindi per legge e giuridicamente 100 lire in carta moneta valgano 100 lire in oro o in argento. I privati potranno liberamente convenire quel che loro talenta, finchè non avranno bisogno che le loro convenzioni siano tutelate dal potere sociale, ma quando a questo si rivolgeranno, quando il magistrato è chiamato a decidere se 100 lire in carta moneta abbiano bisogno di un aggio per valere 100 lire in oro, questo non potrà permettere che per suo mezzo la legge sia calpestate.

Per la nullità del patto si pronunziò la prevalente giurisprudenza: C. Palermo, 21 gennaio 1873 (*Legge*, 1873, 249); C. Firenze, 10 dicembre 1874 (*Ann.* IX, I, 93); C. Napoli, 2 maggio 1876 (*Foro It.*, 1876, I, 651); C. Roma, 8 agosto 1876 (*Foro It.*, 1876, I, 906) e per la dottrina il BERTOLINI (*Eco dei Trib.*, 1868, n. 1977), lo ZEULI (*Gazz. del Proc.*, 1876, pag. 268), il DUGNANI (*Gior. dei Trib. Mil.*, 1875, 415), il MILLELIRE (*Foro It.*, 1876, I, 651), il BENVENUTI (*Foro It.*, 1876, I, 1176), il SERAFINI (*Arch. giurid.*, IX, pag. 395) ed altri.

Contra: VIDARI (*Giorn. delle leggi*, V, 42 e VII, 348); SAREDO (*Legge*, XI, 301); NAPOLITANI e SAVARESE nella *Gazz. del Proc.*, 1876, n. 2086 e 2153, ecc.

¹⁾ Vedi un'esposizione completa ed originale di tutta la teoria dei giuochi e scommesse, con ricchi richiami bibliografici, del prof. C. MANENTI in appendice al l. XI, tit. *de aleat.* nella traduzione delle *Pandette* di GLÜCK. Inoltre la voce « Lotterie e tombole » nell'*Enc. giur. it.*, vol. IX, p. 2.^a. Per il dritto francese cfr. PILETTE, *Du jeu et du pari* (*Rev. prat.*, t. XIV, pag. 465 e XV, pag. 215); IANOLY, *Du jeu et du pari* (Paris 1882); FRERÈJOUAN DU SAINT, *Jeu et Pari* (Paris 1893). Per la dottrina tedesca vedi l'opera pregevolissima di WILDA, *Die Lehre v. dem Spiel* (*Zeitschr. des Deuts. Rechts*, III) e dello stesso, *Die Wetten* (*ivi*, VII) e KRÜGELSTEIN, *Ueber den begr. Unterschied von Spiel und Wette*.

causa ludicra : il pericolo di disastrose conseguenze che possono derivarne, la mancanza di ponderatezza e riflessione dei giuocatori che vizia il contratto nell'elemento subbiiettivo, la poca o niuna garanzia di eguaglianza e sincerità nelle condizioni di esso, quanto al rischio ed alla probabilità di vincita da parte d'entrambi i contraenti, giustificano questa particolare condotta della legge che rifiuta d'accordare forza obbligatoria a simili contratti.

La causa insomma dell'acquisto o della perdita patrimoniale, rimessa all'alea, all'arbitrio del caso o ad una speciale attitudine ed intelligenza dei giuocatori, non è riconosciuta come causa giuridica, abile a rafforzare e fondare giuridicamente il dominio.

I legislatori di tutti i paesi perciò hanno cercato di ridurre alla innocuità il giuoco, togliendo al vincitore il diritto di ripetere la somma vinta ed esonerando il perdente dall'obbligo di pagare il perduto. Anzi nel diritto romano antico, il giuocatore vittorioso, oltre ad aver negata l'azione, poteva essere convenuto *in quadruplum* della vincita ricevuta; più tardi la *condictio* fu ridotta al *simpulum*, ma non si ammise mai la *soluti retentio*. Da questo trattamento proibitivo erano esclusi i giuochi che si facevano per dimostrazione di valore: *quod virtutis causa fiat*, come la lotta, la corsa, il pugilato. In essi si poteva lecitamente « in pecuniam ludere vel sponsonem facere » (L. 3 D. 11, 5).

Giustiniano conservò questa eccezione a favore dei giuochi privilegiati che avevano di mira l'esercizio del corpo o la ginnastica muscolare, anzi ne enumerò espressamente taluni; in riguardo poi agli altri gravò ancora la mano contro gli *aleatores*. Estese il diritto della ripetizione della perdita in giuoco contro gli eredi del vincitore, e per un tempo superiore ai trenta anni, facultando anche i procuratori del fisco, i vescovi e qualunque altro interessato a curare questa ripetizione. Limitò la posta nei giuochi privilegiati ad un asse o numisma pei ricchi, e ad una somma minore pei poveri.

Le stesse proibizioni accompagnano il giuoco attraverso il diritto Medio-evale e Canonico ¹⁾, soltanto che più tardi si ammette il prin-

¹⁾ Nel diritto statutario le convenzioni a causa di giuoco erano nulle, ed in talune leggi il perdente aveva diritto di ripetere il doppio. Inefficaci pure si consideravano i mutui conclusi in occasione del giuoco. *Stat. Veronae*, 1868, c. 46. « Mutuantibus ad ludum non dabo audentiam ». *Stat. Belluni*, III, 1888. « Et si quis mutuaret super dicto ludo, sibi jus non reddatur de denariis mutuatis » (PERTILE, *Storia del dir. ital.*, IV, pag. 513).

cipio della irripetibilità del pagamento volontario. Così anche su per giù si trova regolato nella nostra legislazione (1802-1804).

Invece la scommessa nella sua evoluzione storica non è stata oggetto di proibizioni dal legislatore. Perchè a non tener conto della *sponsio judicialis* ch'era generalmente riconosciuta nella procedura formulare, sappiamo che nel diritto romano la scommessa era valida come ogni altro contratto, salvo che non avesse una *causa turpis* ¹⁾. Nel fr. 17 § 5 D. 19, 5 è fatto il caso di due persone che consegnano ciascuna un anello a titolo di scommessa ad un terzo, coll'incarico di restituire entrambi gli anelli al vincitore. Si domanda con quale azione il vincitore può chiederne la consegna. Ulpiano, rigettando l'opinione di Sabino che crede potersi domandare con un'azione personale o con una *furti actio*, opina per un'*actio praescriptis verbis*. Ma tosto soggiunge: Se la causa della scommessa era illecita, egli non può fare altro che ripetere il suo anello. « Plane, si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli dumtaxat repetitio erit »; da che può indursi chiaramente che se la causa della scommessa fosse stata lecita, non contraria ai *boni mores*, come nel caso proposto, il vincitore avrebbe potuto liberamente ripetere il premio.

Le scommesse ordinariamente si facevano mercè una doppia stipulazione reciproca condizionata, per cui ognuno dei contraenti prometteva all'altro di pagare una somma, se non era vero o non si avverava un fatto asserito da lui. Di tali scommesse riconosciute come valide si trovano esempi alle L. 108 e 129 D. *de V. O.*, 45, 1. Anche nel diritto comune le scommesse, abituali nei commercianti, la cui professione è di speculare sul rischio, furono dichiarate valide, e lo Straccha ²⁾ scrive a questo proposito: « Cum huiusmodi contractus inter mercatores frequentari solent, pro legitimis habendi sunt, a consuetudine enim fomentum recipiunt » ³⁾.

Il nostro codice invece parifica il giuoco e la scommessa nei loro effetti, negando ad entrambi l'azione, ed accordandola limitatamente quando l'una e l'altra si riferiscano ad esercizi del corpo,

¹⁾ Così una scommessa che si riferisse all'esito di giuochi proibiti o che inducesse una delle parti a compiere un atto illecito.

²⁾ *De sponsionibus*.

³⁾ In alcuni statuti, così a Genova, erano proibite soltanto le scommesse fatte sulla vita del pontefice o dell'imperatore, o sull'elezione dei magistrati o sulla pace e la guerra, ecc. A Firenze invece troviamo degli appositi sensali per le scommesse che si facevano sulla promozione al cardinalato e sull'elezione del sommo pontefice (PERTILE, *op. cit.*, IV, pag. 514, nota 12).

come scherma, corse, equitazione. Applicazioni moderne potrebbero farsi in ordine alle scommesse impegnate per corse ciclistiche o in automobile, regate, gite di resistenza e così via ¹⁾. Ma tranne questi giuochi e scommesse, cui è fatto un trattamento di favore, del resto agli altri è negata l'azione, e quindi sono inesigibili tutti i debiti di giuoco, o contratti in occasione e nella durata del giuoco, sia con altri giuocatori o con estranei, ma scienti però dell'uso cui doveva servire il denaro mutuato ²⁾. Anche il pagamento volontario fatto spontaneamente da un terzo per conto del perditore sarebbe civilmente senza efficacia. Trattandosi in tutti questi casi di mancanza di azione (1802) e non di paralizzazione dell'azione spiegata mediante un'*exceptio*,³⁾ deriva che il giudice *ex officio* deve rigettare la domanda, che manifestamente avesse una tale causa, sebbene la parte contraria rimanesse inopponente o contumace.

Ma questo sistema però viene a subire delle modificazioni per alcune leggi speciali. Infatti per la legge 27 settembre 1863 è accordato il dritto ai corpi morali ed alle associazioni legalmente costituite di esercitare giuochi di rischio, quando vi siano però autorizzati da un decreto prefettizio ed a condizione che i premi consistano in oggetti mobili, escluso il denaro, e siano destinati unicamente ad opere di pubblica beneficenza ed incoraggiamento di belle arti. Inoltre eccezionalmente è concesso anche ai privati l'esercizio di questi giuochi, oppure che le vincite consistano in somme di denaro, quando vi siano autorizzati dal potere legislativo. Queste stesse disposizioni furono riprodotte sostanzialmente con la successiva legge 19 luglio 1880 e R. D. 21 novembre stesso anno, che venne ad abrogare la legge del 1863, mantenendone però nel complesso il suo contenuto.

Così noi vediamo oggi lotterie pubbliche, sorteggi a scopo di beneficenza, prestiti a premi, tombole telegrafiche, ecc., le quali entrando così sotto la protezione legale, è naturale che debbano produrre azione civile per la riscossione delle vincite ³⁾. Sono infatti

¹⁾ Fra i partecipanti al giuoco, s'intende, non rispetto ai terzi che scommettono sull'esito di tali giuochi.

²⁾ Tr. Bologna, 16 febbraio 1885 (*R. giur. Bol.*, 1885, 90). Il prestito fatto da un giuocatore all'altro allo scopo di alletterarlo o indurlo a giocare ha la sua vera causa nel giuoco ed è quindi illecito.

³⁾ Trib. Teramo, 11 ottobre 1886 (*Legge*, 28, I, 603). Autorizzata una tombola dalla autorità competente e resa nota con pubblici proclami compete ai vincitori l'azione giudiziaria per ottenere i premi.

questi dei giuochi *eccezionalmente e transitoriamente* riconosciuti e che perciò sono da parificarsi ai giuochi privilegiati ¹⁾.

Del resto vi è un giuoco permanentemente in esercizio ed uffizialmente riconosciuto dallo Stato, voglio dire il giuoco del lotto ²⁾. Senza entrare in disquisizioni sul carattere morale di questa istituzione che si sostiene soltanto per il reddito che apporta annualmente al bilancio, fermiamoci sul suo carattere giuridico.

È desso un giuoco legalmente protetto? Ed i cittadini potrebbero eventualmente avere un'azione per il conseguimento delle vincite? Il Giorgi ³⁾ è per la negativa, perchè lo Stato, egli dice, in questo giuoco non figura con la veste di una persona giuridica nell'esercizio di dritti patrimoniali e perciò sottoposto alle disposizioni del gius civile: ma vi figura in qualità di Governo, supremo reggitore ed arbitro della pubblica amministrazione. E però non sottoposto alle regole del gius privato ed alle condanne dei tribunali.

Io credo quest'opinione infondata. Non è dubbio che la istituzione del giuoco del lotto sia da riconoscersi come un atto gover-

¹⁾ Invece sono inefficaci tutte quelle lotterie pubbliche che si volessero creare dai privati senza le autorizzazioni e forme richieste: inoltre sono espressamente proibite (cit. legge e R. D. del 1880, art. 3) tutte le operazioni aventi per base la cessione di obbligazioni di prestiti a premi autorizzati nel regno, od anche del solo diritto di concorrere individualmente o in partecipazione all'alea di quei premi.

Un caso notevole fu quello deciso dal Trib. di Roma (*Legge*, XVII, I, 761).

La Ditta Comelles, riunendo e combinando vari titoli di prestiti a premio di diverse città d'Italia, aveva emesso certi titoli *complessivi*, con cui si poteva concorrere ai premi delle diverse estrazioni. Uno di questi titoli fu comperato dal cav. Luigi Negri per la somma di L. 1400, pagabile a rate. Pagate le prime due rate, il Negri chiese una dilazione per i successivi pagamenti che fu accordata. In questo mentre nell'estrazione di Bari, una delle obbligazioni possedute dal Negri vinse il primo premio di lire cento mila. Allora, la Ditta Comelles citò in giudizio il Negri, volendo rivendicare l'obbligazione vincitrice, per non avere il Negri versato il pagamento integrale delle rate, e quindi come inadempiente farsi luogo alla risoluzione della vendita. Il Trib. di Roma invece osservò che la Ditta Comelles aveva intrapreso una speculazione proibita, creando una pubblica lotteria per proprio conto. Che quindi la contrattazione conclusa aveva una causa illecita e perciò era nulla, e che da essa non poteva derivare in di lei favore alcuna azione.

²⁾ Questo giuoco fu istituito con la cit. legge del 1863, venne poi riordinato con il R. D. 21 novembre 1880. Il regolamento di esso tuttora vigente è quello del 9 agosto 1886, modificato leggermente con il R. D. 29 novembre 1891.

³⁾ *Teoria delle obbligazioni*, vol. III, § 368.

nativo, anzi esso può parificarsi al gravamento di un'imposta. Si tratta di un'imposta volontaria dei cittadini, ma ciò non toglie nulla alla sua natura. Il lotto infatti è quotato in bilancio con un reddito annuo previsto (manca quindi l'alea, la possibilità di perdita che è dell'essenza del giuoco), è amministrato sotto la sorveglianza e direzione del Ministero delle Finanze; il meccanismo delle operazioni di pagamento di vincite si svolge come per qualsiasi altro pagamento dello Stato, o dagli uffici ricevitori delle giuocate, per le somme minime, o mercè mandati spediti alle tesorerie provinciali, e convertibili fino ad una certa cifra in libretti di risparmio postali intestati al vincitore, finalmente, e qui spicca la natura politica dell'ordinamento del giuoco, lo Stato dà delle vincite, sproporzionatamente minori di quelle dovute, tenuto conto del numero delle combinazioni giuocate e del calcolo delle probabilità, e limita inoltre la propria responsabilità per il pagamento di esse ad una misura fissa. Infatti è stabilito che se le vincite per ciascuna delle sette estrazioni settimanali del Regno eccedano la somma di sei milioni, esse saranno proporzionalmente ridotte fino a quella cifra. Ma tutto questo, io credo, non toglie che nei limiti delle leggi e dei regolamenti, con cui lo Stato ha regolato i rapporti giuridici svolgentisi fra lui ed i cittadini, questi ultimi non possano lamentarsi di una lesione di dritto e domandarne la riparazione giudiziaria. Figuriamoci che un individuo possessore di un biglietto vincitore, regolarissimo nella forma, sotto un pretesto qualunque o per una falsa interpretazione del testo legislativo, si vedesse rifiutato il pagamento. Non potrebbe egli rivolgersi ai tribunali ed invocare quella disposizione che è inserita nelle leggi del lotto, per cui quando il biglietto non presenta alcuna alterazione nei numeri vincenti e nella promessa e corrisponda perfettamente alla prima matrice, il pagamento è dovuto? Dimostrata la regolarità e corrispondenza, non potrà egli ottenere la condanna dell'erario a suo favore? Ma che cosa è allora il biglietto del lotto se non un titolo di credito, condizionato all'estrazione dei numeri giuocati? ¹⁾ E che cosa è questo rapporto consensuale che si accende fra giuocatori ed amministrazione, se non un contratto il quale deve essere naturalmente munito d'efficacia,

¹⁾ Anzi si caratterizza come un titolo al portatore, cosicchè la sua distruzione o smarrimento fa estinguere il credito a favore dello Stato emittente (Cfr. App. Firenze, 11 giugno 1875; *Ann.*, IX, 2, 479).

se il lotto è riconosciuto ufficialmente come un giuoco dello Stato, e sono puniti con gravi multe i contravventori ch'esercitano quelli clandestini? E che cosa è se non una vera e propria azione, quella che si accorda ai vincitori di reclamare il premio, mercè l'esibizione ed estinzione del titolo e che si dice prescrivibile in trenta giorni? La prescrizione non presuppone dessa nel tempo anteriore un'azione viva ed esperibile? Del resto sarebbe iniquo lasciare nell'arbitrio del Governo fare il pagamento delle vincite, tanto più se si considera che queste non sono delle prestazioni a titolo gratuito, ma delle vere prestazioni onerose, perchè la vincita di una volta per il giuocatore rappresenta la perdita di cento volte che gli è costata ad ottenerla. Reputo, perciò, che il lotto debba annoverarsi fra i giuochi privilegiati per effetto del riconoscimento legislativo, e quindi munito di civile efficacia ⁴⁾.

Un'altra legge modificativa del dritto comune, a cui abbiamo accennato, è quella del 14 giugno 1874, seguita da un'altra del 13 settembre 1876, colla quale si vennero a riconoscere definitivamente e quindi a dichiarare validi *i contratti a termine differenziali*, riducendoli a contratti solenni mercè l'intervento dell'agente di cambio e la necessità dell'atto scritto in certi moduli registrati, a pena di nullità. Ora i contratti a termine differenziali non sono altro che veri giuochi sul rialzo ed il ribasso dei valori pubblici, e ciò quindi costituisce una deroga al principio generale stabilito dall'art. 1802.

Con questa permissione però non si è voluto aprire la via all'aggiotaggio, chè è anzi punito come reato dal codice penale, o si è voluto prestare le armi della legge ad una speculazione disonesta e fraudolenta che vive d'inganni, di false notizie, di manovre dolose, con cui, sorprendendo la buona fede altrui, arriva ad ingoiarne i capitali ed a travolgerli nella rovina.

Io credo che contro questi giuochi sleali degli aggiotatori che come il baro correggono abilmente la fortuna, si potrebbe vittoriosamente opporre la norma dell'art. 1804, per cui il perdente può ripetere il pagato, se la vincita è stata effetto della frode e dolo del vincitore, e quindi far dichiarar nulli e privi di azione i contratti a termine adescati dai sapienti maneggi degli aggiotatori, e dar dritto contro i medesimi a ripetere le differenze pagate.

60. Fra i contratti di giuoco e lotterie devono anche annove-

⁴⁾ Vedi nello stesso senso MANENTI, op. cit., pag. 688.

rarsi quelle operazioni ideate dalla speculazione moderna, note sotto il nome di *boules de neige* o sistema cooperativo di vendita ¹⁾).

È l'organizzazione colossale di un inganno al pubblico, per cui, sotto l'attrattiva di cedere ad un prezzo esiguo un oggetto di valore rilevante, s'induce ad acquistare dei biglietti, con l'obbligo nel compratore per conseguire il premio, di distribuire un certo numero di *coupons* agli amici ed indurre questi a fare acquisto di un altro biglietto alle stesse condizioni del primo acquirente.

Così l'operazione si allarga, il numero dei giocatori cresce in modo prodigioso, finchè il risultato voluto diventa praticamente irrealizzabile.

Un negoziante promette di dare una bicicletta per dieci lire.

A tal uopo egli emette dei titoli per tale somma, a cui sono annesse 5 cedole dello stesso valore. Il compratore paga sessanta lire ed ha il biglietto con le cedole, ch'egli dovrà vendere a cinque altre persone, le quali alla lor volta dovranno acquistare ciascuna un biglietto con altre 5 cedole.

Quando queste persone avranno effettuato tale acquisto, il primo fortunato compratore con dieci lire riceverà la sua bicicletta.

Si comprende dov'è riposto l'inganno. Il venditore ottiene le somme dagli stessi compratori: d'altra parte essendo le operazioni fra loro concatenate, ad ogni successivo acquisto vengono ad essere impegnate nella *boule* un numero sempre crescente di persone, finchè dopo appena una ventina di serie d'acquisti, i compratori raggiungono una cifra favolosa che supera i miliardi, e per conseguenza restano insoddisfatti infiniti acquirenti che si trovano d'aver pagato, senza ricevere nulla, vittime della loro credulità e dabbennaggine.

Questo sistema per la sua novità ha avuto una gran voga nei tempi moderni ed è stato adoperato per ogni sorta di oggetti, orologi, mobili, vasi artistici, denaro contante, ecc. Qualche anno addietro una ditta italiana offriva con tal mezzo di far fare un viaggio a Parigi per visitare l'esposizione. È da credersi che siano stati pochi questi viaggiatori di piacere.

Venendo ora al carattere giuridico di tale operazione, ci pare esatto riconoscere in essa una lotteria, anzi una lotteria della peggiore specie, disonesta e fraudolenta, perchè mentre il promotore

¹⁾ Vedi la interessante monografia del prof. SRAFFA, *Il c. d. sistema cooperativo di vendita* (Estr. dal *Monit.*), 1901.

del giuoco come un biscazziere resta estraneo all'eventualità della perdita e raccoglie i vantaggi delle immense probabilità a suo favore, i giuocatori invece affrontano un'alea sempre più grave che tende a divenire praticamente ineffettuabile.

Il meccanismo dell'operazione sta poi in ciò: l'acquisto del biglietto serve per poter partecipare al giuoco: è come una tessera per entrare alla lotteria. Entrando in giuoco, si ha la probabilità della *vincita*, ossia il conseguimento di un vantaggio rilevante con piccolo sacrificio di denaro. La *vincita* deriva da condizioni *incerte*, cioè bisogna che si avveri il fatto del collocamento utile dei *coupons*, avveramento che dipende in parte dal caso, e che è tanto più difficile, quanto più la *boule* si allarga.

Per questa via è stata dichiarata recentemente l'inefficacia di tali contratti dal Reichsgericht tedesco.

Lo Sraffa ha criticato questa concezione, dicendo che nel caso delle *boules* non si può parlare di giuoco, perchè fino al punto in cui la *boule* può praticamente funzionare, il suo funzionamento non è in mano del caso, ma dipende dalla maggiore o minore attitudine degli acquirenti ad occuparsi della collocazione dei *coupons*: e dal punto in cui il funzionamento diventa praticamente impossibile, l'affare non dipende più dal caso, ma è addirittura *ineseguibile*.

Nè l'una nè l'altra di queste osservazioni mi pare decisiva. Perchè non può negarsi come nel distribuire e collocare i *coupons* non vi sia anche il concorso del caso, quando è incerto e fortuito per il compratore di trovare degli amici così condiscendenti e sciocchi che si prestino alle sue pretese colla probabilità di una perdita per conto proprio, mentre avviene oggi proprio il contrario, che nonostante le sapienti lusinghe dello smerciatore, i più rifuggono e si esimono da fare tali specie d'acquisti, e vediamo persone abilissime non riuscire a vendere i loro biglietti, ed è soltanto un caso che essi alla fine trovino della gente ignara da tirar nella rete.

D'altra parte è anche fortuito che questi compratori adempiano poi la condizione del contratto, facendo acquisto di una nuova serie di biglietti, e non piuttosto pentiti ed accortisi in tempo del rischio cui vanno incontro, non preferiscano di perdere il denaro della cedula comprata, per evitare un danno maggiore.

Infine non è escluso che nel giuoco non possa concorrere anche l'abilità del giuocatore.

Sulla seconda obbiezione, è da rilevare come, per quanto l'operazione si allarghi ed il suo funzionamento diventi praticamente im-

possibile, non si può dire mai a rigore che l'alea sparisca: diventerà essa difficilissima, gravissima, ma l'alea vi è sempre.

Così potrebbe il giuocatore trovare in ogni caso una persona che si assumesse di comprare volontariamente a suo danno tutti i biglietti.

È una ipotesi: ma basta per determinare la probabilità. Del resto l'operazione non deve considerarsi nel suo complesso, ma scindersi nei singoli rapporti di giuoco che si accendono successivamente. L'alea deve sussistere in riguardo alla persona di ciascun giuocatore: ora non può affermarsi mai che ognuno di essi, singolarmente considerato, abbia assolutamente perduta la speranza di collocare i suoi titoli e conseguire il premio, e che il suo desiderio sia addirittura irrealizzabile.

Invece per ritenere che si tratti di un giuoco, stanno vari argomenti.

Vi è un'alea. Da quest'alea dipende una *vincita*, cioè il vantaggio di uno colla corrispondente perdita di più, il che prova che si è di fronte ad un contratto aleatorio. Quest'alea non preesiste alla formazione del contratto, ma è artificialmente e volontariamente creata, e questo mostra che è un giuoco. Infine l'alea non è creata dai giuocatori, ma organizzata da un terzo che vi resta estraneo a specularvi, e ciò caratterizza questo giuoco come una lotteria ¹⁾.

¹⁾ Lo SRAFFA concepisce la struttura giuridica del negozio così: Il venditore cede in primo luogo per un prezzo minimo il diritto di concorrere all'acquisto dell'oggetto promesso ed inoltre si obbliga di prestare l'oggetto medesimo, se il compratore distribuirà agli amici i *coupons*, e questi acquisteranno una cedola simile a quella venduta. Dunque si ha un primo rapporto in sé perfetto e completo, e con esso collegata l'obbligazione del venditore di dare la cosa, *sotto condizione*. La nullità del contratto si spiega per ciò, che divenendo coll'allargarsi dell'operazione matematicamente impossibile il funzionamento del sistema e quindi restando insoddisfatte le pretese di un numero di persone che pagano senza ricevere, la condizione apposta di distribuire i biglietti tende o negli effetti prossimi o in quelli remoti ad *ingannare* una serie di successivi contraenti. Ora la condizione tendente a questo risultato disonesto rende il complesso negozio immorale.

Confesso che la soluzione del problema è brillante, ma che non mi lascia persuaso.

Ed anzitutto, io non credo, che per giudicarsi della moralità od immoralità del rapporto si debba anche guardare alle *lontane* ripercussioni del contratto, a tutta la serie infinita di altri rapporti che col primo sono concatenati e remotamente ne dipendono. A me sembra, che di tutta questa catena debbano stac-

61. C) *Diritto successorio.*

Sono proibiti nell'interesse generale tutte quelle istituzioni o legati diretti a creare o dotare enti religiosi soppressi e non riconoscibili, come benefici semplici, cappellanie laicali ed altre simili fondazioni (833).

Questa disposizione è completata dalla successiva legge 15 agosto 1867, la quale specificatamente determina quali siano le altre fondazioni, di cui non è ammesso il riconoscimento, cioè i capitoli delle chiese collegiate, le chiese ricettizie, le comunie, le abbazie, i priorati, le prelature e cappellanie ecclesiastiche, le fondazioni e legati pii, ecc.

La questione si accende rispetto a questi ultimi, discutendosi

carsi gli anelli, debbano scindersi i singoli rapporti che sorgono fra contraente e contraente, ed esaminare *soltanto* questi, in sè, senz'altra relazione. Ora prendiamo il primo rapporto originario con cui ha principio la *boule*. Si sa che nelle prime fasi dell'operazione il conseguimento del premio è piuttosto facile. Io distribuisco a cinque amici dei *coupons*, mostrando il guadagno che può loro toccare, ed essi comprano i biglietti. La condizione è avverata, io ottengo il premio. Qui il rapporto giuridico è esaurito: noi non dobbiamo procedere oltre. Esaminiamolo: è esso immorale? Ho io *ingannati* i miei amici? No, perchè essi coscientemente hanno affrontato il rischio, e poi essi difatti hanno seguitato fortunatamente la mia stessa operazione ed hanno alla lor volta conseguito il premio. Dunque il primo rapporto non è immorale, e così avviene per un certo numero di volte. Ma si dice: arrivati ad un certo punto restano dei compratori a mani vuote, ingannati. In primo luogo osservo che questo risultato dannoso che vengono a soffrire i lontani contraenti non dipende da un inganno, ma è una conseguenza dell'alea che si va facendo sempre più grave: alea che è incontrata volontariamente e scientemente dai compratori dei singoli biglietti.

D'altra parte si avrebbe sempre la singolarità che i primi contratti sarebbero leciti, mentre i successivi diventerebbero a poco a poco rinforzativamente immorali. Piuttosto deve dirsi: la immoralità non è contenuta nei singoli rapporti (ciò ch'io credo *soltanto rilevante giuridicamente*), ma dipende da tutto il complesso dell'operazione, da tutta la macchina stata montata dallo speculatore. Ed allora il tentativo di spiegare la nullità del negozio come contratto condizionato immorale fallisce. Eppure la soluzione è vicina: quel fatto incerto del collocamento dei biglietti che lo SRAFFA concepisce come condizione, io credo che sia inerente al rapporto, che sia intrinseco alla sua natura e costituisca un'alea, in senso giuridico. L'obbligazione del venditore di dare il premio dipende da un evento in parte casuale: il premio che riceve il compratore non è una controprestazione, ma una *vincita*, infatti rappresenta economicamente un guadagno: questo guadagno dipende dal rischio, in cui può concorrere anche l'abilità del giocatore; dunque siamo nei termini di un contratto aleatorio che la legge dichiara invalido.

quando ed in quali condizioni possano essi considerarsi come colpiti dal divieto legislativo. La dottrina ha cercato fissarne i caratteri, indicando come requisiti essenziali l'*autonomia*, la *perpetuità*, lo *scopo di culto*.

Il concetto più dibattuto è quello dell'autonomia.

Alcuni sostengono che un lascito deve considerarsi autonomo, quando l'onere imposto sia obbligatorio per il gravato; ma questa opinione è inaccettabile, perchè confonde due concetti essenzialmente distinti, quali sono l'obbligatorietà dell'onere con la personalità dell'ente.

Che l'obbligo dell'onerato sia un obbligo giuridico od un dovere di coscienza, ciò non può influire menomamente sul carattere dell'istituzione, ma rendere soltanto sicuro od incerto l'adempimento dell'onere imposto.

Un'altra opinione ritiene il legato autonomo, quando l'obbligazione modale che l'accompagna venga ad assorbire tutte le rendite nell'erogazione a scopo di culto. Ma questa dottrina, oltre a prendere a guida un criterio economico per desumere un carattere giuridico, verrebbe a falsare il concetto dell'onere modale, facendone tutt'uno con quello di un'istituzione fornita di personalità giuridica. Poichè non ripugna al legato *sub modo*, come ha già provato il Fadda¹⁾, che l'attribuzione patrimoniale fatta al legatario sia totalmente e direttamente impiegata all'esecuzione dell'onere e che quindi il legatario si riduca quasi alla posizione di un esecutore testamentario. Poichè la figura di essa resta sempre giuridicamente diversa: l'uno è proprietario della *res legata*, sebbene obbligato personalmente ad investire le rendite in una data opera, e quindi ove il modo sia dichiarato illecito o diventi impossibile o per circostanze particolari diminuisca, il sopravvanzo o tutto il patrimonio resta a vantaggio suo; l'esecutore testamentario invece è un semplice mandatario che mai è e può divenire padrone dei beni lasciati, e la cui funzione è meramente passiva, limitandosi ad eseguire le disposizioni del testatore.

Il legato modale non può costituire perciò una fondazione autonoma, sebbene possa considerarsi talora come una forma fraudolenta per raggiungere lo stesso risultato dell'ente proibito.

Una terza opinione ancor più radicale nega addirittura questo

¹⁾ *Legato modale e fondazione* (Filangieri, 1896, pag. 176, 257).

requisito dell'autonomia per le fondazioni soppresse e non riconoscibili, dichiarando senz'altro nulli tutti i lasciti perpetui a scopo di culto.

Questa dottrina è infondata, perchè di fronte al nostro sistema legislativo non può dubitarsi, come il Ruffini ¹⁾ ed il Simoncelli ²⁾ hanno dimostrato, che con le leggi di soppressione si è voluto soltanto colpire gli enti autonomi. Non son più riconosciuti come *enti morali*, dice la cit. legge 15 agosto 1867, art. 1, n. 6: *i legati pii*. Dunque per aversi un legato pio non riconosciuto è necessario che esso costituisca un *ente morale*, cioè riunisca le condizioni per sussistere indipendentemente e vivere una vita a sè. Quindi importa ch'esso abbia una personalità giuridica ed un patrimonio destinato allo scopo, patrimonio il quale si forma distaccandolo anche idealmente dal resto dei beni ereditari ed immobilizzandolo al fine religioso. Ora la legge ha voluto appunto impedire l'ammortizzazione dei beni, la sottrazione al libero commercio della proprietà fondiaria; donde segue, che se questo patrimonio affettato realmente da questa destinazione perpetua manchi, non è possibile parlare d'una fondazione proibita.

E perciò devono in generale ritenersi validi tutti i legati pii modali con cui si dispone in favore di qualche persona o di un istituto religioso riconosciuto, come una parrocchia, per erogare le rendite dei beni in suffragi od altre opere di culto. In questo caso l'onorato diventa proprietario della cosa legata e può disporne liberamente salvo l'obbligo personale di adempiere l'incarico ricevuto. Qui il pericolo della manomorta cessa ed il divieto non può applicarsi.

Del resto, che le nostre leggi eversive vollero soltanto sopprimere gli enti religiosi autonomi, pur rispettando le volontà pie dei fondatori, è dimostrato dal fatto ch'esse lasciarono sussistere gli oneri religiosi che gravavano sui beni passati al demanio, e che furono imposti a carico del Fondo per il culto (legge 7 luglio 1866, art. 28) o dei patroni svincolanti (legge 15 agosto 1867, art. 5) ³⁾.

¹⁾ FRIEDBERG-RUFFINI, *Trattato di diritto ecclesiastico*, § 167, pag. 697 e seg.

²⁾ *Sui legati di culto* (Estr. dalla *Riv. di dr. eccles.*, vol. VIII).

³⁾ La giurisprudenza della Cassaz. romana è stata incerta ed oscillante, e si può dire che sia passata per tutte le gradazioni d'opinioni. Prima ritenne la nullità di tutti gli oneri di culto, anche che non fossero enti autonomi o consi-

È sorto però il dubbio, se nel caso che a garanzia dell'esecuzione del *modus* sia costituita un'ipoteca sul fondo legato, possa in ciò riconoscersi un'istituzione vietata, rendendo il vincolo ipotecario difficilmente circolabile l'immobile.

Il Chironi sostiene appunto questo ¹⁾, e così anche è stato ritenuto in più giudicati ²⁾. A me pare, che ammettendo rigorosamente il principio che in tanto vi è un ente proibito, in quanto esso è un ente autonomo, che sottrae perpetuamente al commercio un bene per la sua dotazione, destinandolo ad uno scopo religioso, questa eccezione non può accogliersi, poichè l'ipoteca non impedisce l'alienazione dell'immobile, anzi può essere un mezzo d'alienazione forzata dello stesso.

L'ipoteca è già un'alienazione in potenza.

62. Un altro divieto d'ordine pubblico è quello che si riferisce alle sostituzioni fedecommissarie (899, 1073). La sostituzione fedecommissaria è quella sostituzione per cui uno è chiamato a ricevere ciò che un altro avrà goduto per tutta la sua vita. Così si fa obbligo al primo istituito di conservare per restituire alla morte i beni ricevuti.

Requisiti essenziali d'una sostituzione vietata sono dunque: *una doppia disposizione almeno, ed ordine successivo* ³⁾.

Il primo elemento consiste in ciò, che il testatore fa due o più disposizioni sui medesimi beni, in modo che i singoli onorati, sebbene in epoche diverse, li ricevono in piena proprietà. Sono come tanti donatari successivi della stessa cosa.

Da qui, deve distinguersi la sostituzione fedecommissaria dalla volgare, in cui uno è chiamato in mancanza d'un altro incapace o rinunziante, e dalla vocazione solidaria di più chiamati, che venga anche a concentrarsi in un solo per diritto d'accrescimento. Infatti in questi casi manca una doppia liberalità, ma la liberalità è origi-

derando come autonomi i lasciti con oneri obbligatori, indi ricredendosi ammesse a ragione per oltre un decennio la validità dei legati pii, che non fossero fondazioni autonome; invece nelle decisioni più recenti è tornata al sistema antico, pronunziando la nullità dei lasciti con oneri modalì di culto di carattere perpetuo.

¹⁾ *Questioni di dir. civ.*, I, pag. 481.

²⁾ Cfr. App. Venezia, 22 gennaio 1884 (*Temi Veneta*, IX, 71); App. Lucca, 14 luglio 1885 (*Ann.*, 19, 2, 300); App. Roma, 21 maggio 1886 (*Giur. it.*, 1886, 2, 406).

³⁾ CUTURI, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni*, pag. 108.

nariamente una, sebbene si riferisca a più soggetti, chiamati l'uno invece d'un altro, o congiuntamente e quindi ciascuno nell'*universum ius*.

L'ordine successivo consiste poi, che i beni passano al sostituito soltanto all'apertura della successione dell'istituito. La liberalità nel primo chiamato dura finchè egli vive, alla sua morte la liberalità finisce. Indi subentra a lui, il secondo, il terzo, e così di seguito. Dei beni posseduti ogni gravato ha soltanto una proprietà *ad tempus*. Ora questo particolare modo di succedere nei beni, ordinato dal testatore col fedecommesso, costituisce un vero statuto successorio in opposizione alla legge che ha regolato i modi di trasmissione ereditaria.

Infatti, non è più l'erede legittimo o testamentario che raccoglie i beni, ma questi passano quasi meccanicamente d'uno in altro, per volontà del primo autore, forse un lontano antenato. Così si costituivano quei fedecommessi famigliari, tanto comuni nel medioevo, che oggi volle il legislatore aboliti. Dalla doppia disposizione con ordine successivo sorge necessariamente, che l'istituito è gravato dall'obbligo giuridico di conservare per restituire. Egli non può alienare i beni raccolti, perchè questi beni alla sua morte debbono trasmettersi al chiamato in secondo grado.

Da qui una conseguenza, che ove l'onere non sia *obligatorio* per l'istituito, poichè il testatore senza *imporre* di trasmettere ad altri la liberalità, ha soltanto espresso il desiderio, ha raccomandato di restituire i beni, non vi può essere sostituzione proibita.

E d'altra parte, poichè manca l'obbligo di conservare, non può neanche considerarsi illecito il fedecommesso *de eo quod supererit*, per cui il testatore incarica il legatario di restituire ad altri ciò che resterà nel suo patrimonio dei beni legati, giacchè l'istituito può disporre a piacimento dell'eredità e quindi ridurre a zero il contenuto del legato di residuo ¹⁾.

¹⁾ Non mi pare perciò esatta l'opinione del GABBA (*Bett.*, 1880, 2, 44), il quale, forse ispirandosi alla tradizione storica del legato di residuo nel dritto romano ed intermedio, in cui era conformato come un fedecommesso parziale, in quanto l'onorato non poteva disporre di una certa parte dell'eredità, o poteva alienare soltanto per bisogni stringenti e dopo avere esauriti i propri beni, crede che anche nel dritto odierno non sia lasciato in balla del fedecommessario di disporre liberamente dei beni ricevuti, ma soltanto *arbitrio boni viri*.

La giurisprudenza prevalente accetta la validità del fedecommesso *de residuo*. Cfr. C. Firenze, 23 luglio 1883 (*Foro It.*, 1883, I, n. 930); C. Roma, 20 luglio 1883

Piuttosto il Cuturi obietta ¹⁾, che nel nostro dritto il legato *de eo quod supererit*, pur non involvendo una sostituzione fedecommissaria, debba dichiararsi nullo per altra ragione. Infatti, egli dice, per il codice nostro il testamento è l'ultima disposizione del proprietario, in ordine alla trasmissione *dei beni suoi, finchè erano suoi*. Ond'è contro la legge qualunque clausola testamentaria che disponga della proprietà dei beni già pienamente trasferiti nell'erede o legatario. Ora il *fedecommissario de residuo* fa disporre appunto al testatore di beni che ha già trasferiti, e quindi una tale disposizione non può essere valida.

L'argomento però non mi sembra decisivo. Chi ordina un *fedecommissario de residuo* non è che in primo luogo trasferisce i beni all'erede o legatario puramente e semplicemente, e dopo dispone di quegli stessi beni già passati in proprietà altrui, ma contemporaneamente ed originariamente subordina e limita la proprietà trasferita a quella condizione. Il dritto che passa al legatario non è un dritto di proprietà puro e semplice, ma un dritto già conformato e modificato in modo particolare; cioè limitato alla vita del legatario condizionatamente, in quanto egli non disporrà dei beni. Quando la condizione si avvera, il fedecommissario *de residuo* riceve i beni non dal primo vocato, ma direttamente dal testatore, perchè la condizione del non disporre fa avverare il termine a cui era limitato il trasferimento e quindi fa cessare la proprietà nel primo vocato. Io credo che non vi sia essenziale differenza del fedecommissario *de residuo* da questo esempio. Ti lego un fondo per 20 anni, e dopo di te voglio che passi a Tizio. Soltanto in tale caso il termine è *certo*; nel *fed. de r.*, invece, il termine è *subordinato ad un'azione del legatario*, in quanto egli non disporrà dei beni ricevuti.

Il pensiero del Cuturi in sostanza è questo: che il testatore dettando il *fed. de r.* viene così a regolare la successione d'erede. Ma questo non è esatto, perchè, ripeto, il testatore non regola in alcun modo la successione d'erede, ma trasmette la proprietà dei suoi beni *temporaneamente*, condizionando la cessazione ed il termine di

(*Foro, Rep.*, 1893, *sostituzione* n. 17); C. Napoli, 29 ottobre 1896 (*Foro, Rep.*, 1897, *ivi* n. 23); App. Bologna, 12 dicembre 1899 (*Foro It.*, 1900, I, 493).

Per la dottrina cfr. le monografie del VITALI, *Il fedecommissario de residuo*, Piacenza 1889; CIPOLLINA, *Il fedecommissario de residuo* (*Gazz. giur.*, 1897, 225); SOMMARIVA, *Di alcune questioni relative ai fedecommissari ed in particolare al cosiddetto fedecommissario de residuo*, Bologna 1898.

¹⁾ *Op. cit.*, pag. 195 e seg.

questa proprietà ad un'azione del legatario. Invero il regolare la successione suppone un *ordinamento obbligatorio* per il vocato, od almeno una condizione che *tenda obbiettivamente* ad indurre il legatario ad eseguire il regolamento della successione prestabilito dal testatore o per l'attrattiva di un prezzo o per sfuggire ad un danno. Così « ti nomino erede nel mio disponibile, a condizione che istituirai tua erede in una terza parte di esso mia nipote. Ordino la decadenza della tua istituzione nel caso d'inadempimento e costituisco a garanzia un'ipoteca sui beni che ti lascio ». In questo caso sì, pur non essendovi obbligo nel legatario, egli però è spinto ad abdicare al dritto di disporre liberamente per atto d'ultima volontà. Ma dove questa costrizione non esiste, anzi al contrario l'istituito è libero di godere dei beni, alienarli, farne donazioni, dissiparli, come può dirsi che il testatore regola la sua successione? È un effetto accidentale quello che fa coincidere l'avveramento della condizione colla non disposizione per atto tra vivi. Si capisce che morto l'onorato con beni, si avvera la condizione e quindi i beni finiscono di esser suoi e passano *ipso iure* al fedecommisario, e le disposizioni testamentarie che eventualmente avrebbero potuto essere ordinate sui medesimi, non possono sussistere perchè avrebbero per oggetto beni altrui (837).

Seconda obbiezione. Nel *fed. de residuo* si ha una disposizione che rimette all'arbitrio dell'erede il contenuto del legato, e quindi tale disposizione urta con l'art. 835 ed è nulla.

L'articolo però non mi sembra applicabile, giacchè esso infirma soltanto quella disposizione che lascia *interamente all'arbitrio* dell'erede o del terzo di determinare la quantità del legato. Ma nel *fed. de residuo* non vi è questo arbitrio assoluto, non si tratta già di una condizione « *si volueris* », ma di una di quelle condizioni che per quanto potestative pure non sono dipendenti dalla mera volontà del gravato, ma si riferiscono ad una positiva condotta di lui, e queste sono valide.

Tale distinzione tramandataci dal dritto romano è stata conservata anche nel dritto nostro, come può argomentarsi dalle espressioni usate nell'articolo citato, e poi nel campo delle obbligazioni dall'articolo 1162.

Terza obbiezione, la quale può riferirsi soltanto all'eredità, e non ai legati. Col *fed. de residuo*, dice il Cuturi, si avrebbe un'istituzione universale a termine, e quindi per l'art. 851 il termine si dovrebbe considerare come non apposto.

Ma niente affatto. L'istituzione è sempre una, ed è a favore del

primo chiamato, il quale continua egli ed i suoi eredi la rappresentanza giuridica del defunto, ed il fedecommesso ha per contenuto soltanto *singoli beni relitti*: ed anche quando l'erede lasciasse intatta fino alla sua morte la intera eredità, questa passerebbe al secondo chiamato, non come un'universalità, ma come un complesso di singoli beni, a titolo particolare. —

Abbiamo detto che la costituzione fedecommissaria importa l'obbligo di conservare per restituire *alla morte* i beni ricevuti. Si comprende perciò che un doppio legato a termine sullo stesso oggetto, purchè non implichi una *fraus legis*, è valido.

Talora però la sostituzione proibita non si presenta in una forma precisa, sì che sia dato riconoscerla a prima vista, ma lascia incerti sul suo carattere giuridico, ed occorre una delicata interpretazione dell'atto ed induzione del fine che si propose il testatore nell'ordinarlo, per giungere ad un giudizio corretto.

Si è fatta questione se il divieto d'alienare importi sostituzione fedecommissaria. Nel diritto nostro la risposta è semplice: o il divieto è temporaneo e limitato, ed allora non è sostituzione vietata perchè manca l'obbligo di restituire dopo la morte, o si tratta di proibizione assoluta ed allora questa è per sè stessa nulla, come contraria all'essenza del diritto di proprietà ed alla capacità giuridica dei cittadini.

La sostituzione fedecommissaria nel suo effetto pratico è identica ad una istituzione nell'usufrutto ¹⁾. Se io chiamo Tizio usufruttuario e Caio nudo proprietario; il primo è obbligato a conservare la cosa per restituirla alla sua morte al secondo chiamato (477) proprio come nella sostituzione fedecommissaria. Certo la conformazione giuridica nei due casi è diversa, perchè nell'uno si hanno due istituzioni contemporanee in diversi smembramenti della proprietà, nell'altro due disposizioni successive sullo stesso oggetto; ma questa differenza teorica non ha alcuna influenza sull'effetto economico della disposizione, cosicchè dipende dalla maggiore abilità con cui questa è conformata, il salvarla dalla inefficacia.

Tuttavia, può ricercarsi la volontà del testatore, se egli volle veramente lasciare l'usufrutto oppure la proprietà con l'onere di restituire, esame difficilissimo, tanto più che è canone d'interpretazione di non stare alle espressioni improprie usate dal testatore, ma al senso voluto attribuirvi.

¹⁾ VENEZIAN, *Usufrutto*, n. 111.

Così anche teoricamente si distingue in modo netto e preciso la sostituzione fedecommissaria dalla istituzione condizionale sospensiva, e dalla istituzione con condizione risolutiva.

La sostituzione fedecommissaria infatti non è una istituzione condizionale, perchè non resta *sospeso ed incerto* l'effetto di essa. Il gravato ha la proprietà dei beni fin dall'origine e ne gode per tutta la sua vita: questa istituzione a favore suo è perfetta ed efficace, soltanto ch'egli deve restituire alla morte i beni ricevuti; si tratta dunque d'una proprietà a termine, non condizionale.

Invece l'istituzione o legato condizionale resta *sospeso* fino all'avveramento: nell'intervallo non esiste ancora un erede o legatario, il quale appare soltanto allora che la condizione si verifica.

Quindi se è ordinata un'istituzione la quale deve avere effetto immediatamente, e poi, per una circostanza che può verificarsi soltanto alla morte dell'istituito, cessare, ed i beni trasmettersi a terzi, si ha una sostituzione vietata. Lego un fondo ad A; se però egli non avrà figli o non si mariterà, i beni saranno devoluti a B. Qui non vi è incertezza nell'istituzione principale e si scorge chiaramente larvata una sostituzione illecita. La stessa decisione deve seguirsi quando si tratta d'una donazione fatta congiuntamente a più persone, con la condizione che in caso di premorienza dell'una i beni passano all'altra. Qui, mi pare che la donazione non resti sospesa, perchè ha efficacia a favore dei donatari, mentre è certa, che l'uno dei due alla morte deve restituire all'altro.

Se io lego ad X, per il caso che il mio erede morirà in età minore o prima di 25 anni, ecc., si ha una sostituzione fedecommissaria? Non può darsi una risposta sicura.

Bisognerà indagare se l'intenzione del testatore fu di subordinare il lascito all'evento della morte, o invece ordinare la restituzione per il caso di morte. Tuttavia io inclinerei per la validità di tale disposizione, perchè il testatore non ordinò in modo certo la restituzione dei beni *in qualunque epoca avvenisse la morte*, ma soltanto alla morte prima di un certo tempo, il che è un *fatto incerto* che implica condizione.

Vediamo ora le differenze tra istituzione condizionata risolutivamente e sostituzione fedecommissaria. Nella sostituzione fedecommissaria si ha una disposizione perfetta la quale *dura* fino alla morte dell'istituito, per indi passare a un secondo. Ma l'effetto giuridico di essa, per il tempo in cui è durata, permane, quindi il gravato ha goduto legittimamente i frutti, ha amministrato bene la cosa propria, ecc. Si ha, come abbiám detto, una disposizione limitata a termine.

Invece nella istituzione con condizione risolutiva, si ha una disposizione soggetta finò dalla sua origine a mancare, a svanire: si noti, non a cessare. Verificata la condizione, l'intera disposizione *si risolve*, cioè diventa come se non fosse; l'erede o legatario non soltanto perde tale qualità, ma si considera come se mai l'avesse avuta, come se mai fosse stato erede o legatario: l'unità e continuità della rappresentanza ereditaria non si spezza, giacchè risoluta la disposizione, quella riposa fin da principio per l'effetto retroattivo nella testa del vero erede o legatario.

Non solo, ma risoluta la disposizione il vero erede *rivendica* dall'onorato, che dimostra non esser stato mai tale, l'eredità *cum omni causa*, quindi anche coi frutti, i quali non si acquistano a lui, perchè egli manca di quella buona fede che deve sussistere all'inizio del suo possesso, d'avere cioè una proprietà sicura e certa e non un diritto precario soggetto a sparire.

Si ha dunque una *rivendicazione* dell'eredità, non una *restituzione*.

Il Cuturi ¹⁾ osserva: È vero che l'art. 899 colpisce qualunque disposizione con la quale l'erede o il legatario sia gravato di conservare e di restituire ad una terza persona, ma cosa può *restituire*, dato l'evento risolutivo, chi non ebbe alcun diritto? È questa mancanza dell'ordine successivo che rivela la differenza più appariscente tra le sostituzioni condizionali ed i fedecommessi restitutori.

Teoricamente la distinzione è precisa: ma in fatto però talora si coglie a stento.

Perchè in ogni caso dovrà indagarsi, se il testatore volle intanto avvantaggiare l'onorato, imponendogli soltanto l'obbligo di restituire i beni alla morte o di restituirli in un dato evento che coincidesse o potesse verificarsi soltanto dopo la sua morte; oppure *se egli non volle mai avvantaggiarlo*, per il caso che succedesse quel dato evento. Perchè la risoluzione dipende dalla *non volontà*, esistente fin dall'origine, a fare erede o legatario.

Questo momento subiettivo in certi casi è il solo decidente per caratterizzare la disposizione. Così: Tizio sia erede, se egli muore minorenne siano chiamati a succedere Caio e Mevio. Ora, se s'intende la vocazione principale condizionata risolutivamente e l'altra sospesa per l'evento della prima, allora non può parlarsi di sostituzione, perchè dato l'evento della morte in minorità di Tizio,

¹⁾ Op. cit., pag. 339.

questi non sarà stato mai erede, ed invece in suo luogo subentreranno fin dal momento della delazione ereditaria Caio e Mevio.

Se invece si considera la istituzione come pura e semplice, allora può nascere il dubbio d'una sostituzione fedecommissaria, se il testatore intese che il primo onorato dovesse restituire alla morte l'eredità ai secondi chiamati.

Un caso importante è quello dell'istituzione con la clausola che l'eredità s'intenda al altri conferita, se l'erede muore senza figli: *si sine liberis decesserit*.

Secondo l'opinione dei dottori nel diritto comune, ed anche nel diritto moderno dai commentatori francesi ed italiani si reputa tale condizione nulla, involvendo sempre una sostituzione proibita: invece anche qui dovrà studjarsi il carattere giuridico della disposizione a norma della mente del disponente. Poichè se l'evento della morte senza figli non deve soltanto far cessare la qualità d'erede nel primo istituito, ma farla senz'altro risolvere, cancellarla fin dall'inizio, allora si ha una disposizione valida. Invece se il primo onorato è chiamato erede e come tale gode i beni durante la sua vita, e dopo averli raccolti e goduti dovrà renderli alla morte, allora si ha certamente un fedecompresso restitutorio.

Un'ultima questione. La legge permette che il solo donante stipuli la reversibilità degli effetti donati (1071). In questo caso non può esservi sostituzione fedecommissaria, perchè il disponente non può contemporaneamente far da sostituyente e da sostituito. Ma se la reversibilità è stabilita contrariamente alla legge a favore degli eredi del donante o di un terzo, si avrà una donazione con condizione illecita e perciò nulla per intero (1065), oppure una donazione che involve una sostituzione fedecommissaria e quindi valida, cancellandosi soltanto la sostituzione vietata (1073)? È preferibile la seconda opinione, poichè si avrebbe in tal caso una disposizione con ordine successivo, cioè un donatario in secondo grado che riceverebbe i beni donati alla morte del primo, alla condizione della sua sopravvivenza ¹⁾.

¹⁾ Il CUTURI (op. cit., pag. 395) accetta tale soluzione quando la reversibilità è stipulata a favore degli eredi del donante o di un terzo. Quando invece essa è stipulata a favore del donante e suoi eredi, allora si ha una donazione con condizione contraria alla legge e perciò nulla completamente « perchè la volontà del donante si diresse a quel dritto di reversibilità nell'interesse proprio e della famiglia che un tempo era ammesso e che fu abolito dall'art. 1071 ». Questa deviazione non mi pare ammissibile, perchè qualunque sia stato il segreto inten-

63. Un altro divieto d'ordine pubblico è fatto dalla nostra legge in riguardo alla clausola o condizione con cui il testatore rinuncia alla libertà di revocare o cangiare le disposizioni fatte per testamento (916).

Una tale rinuncia sarebbe nulla, perchè contraria all'intima natura delle disposizioni testamentarie essenzialmente revocabili. Infatti il testatore non potrebbe sacrificare la propria autonomia, alienando la libertà di volere ed arrestandone artificialmente il corso in un dato punto, quando ignora se questa sua volontà del momento possa coincidere con la *extrema voluntas*, che deve essere l'unica e sovrana ispiratrice delle disposizioni testamentarie. Anche nel diritto romano troviamo il principio che *nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat* (fr. 22 D. de leg., III).

Ma la disposizione del nostro codice ha inoltre un'importanza eccezionale, perchè sanziona la nullità delle notissime *cautelae derogatoriae* così frequenti nei testamenti del diritto intermedio. Si soleva infatti dai testatori di quel tempo contrassegnare il proprio testamento con una parola, od un motto, od una formula, la quale doveva poi essere richiamata e ripetuta nel testamento posteriore, perchè questo avesse efficacia di modificare o revocare il primo. Quindi un secondo testamento privo del segno convenzionale era senza influenza, perchè presunto apocrifo. Questo costume era invalso per rendere ancor più libera la dichiarazione di volontà del disponente e salvarla da qualsiasi insidia per cui si costringesse il testatore a cangiare le disposizioni fatte, od all'insaputa di lui si facesse comparire un testamento falso revocatorio. Ora, non avendosi dagli estranei la chiave del segreto, era agevole scoprire le loro macchinazioni.

Ma le infinite liti cui dava luogo un tale sistema ed il pericolo che spesso il testatore o per negligenza o per altre cause si trovasse

dimento del donante, a noi occorre esaminare obbiettivamente l'atto contrario alla legge, studiare la natura ed il carattere di questa illiceità. Ora si ha qui una illiceità *parziale*, in quanto rispetto alla reversibilità a favore del donante l'atto è permesso; l'illegalità consiste nel coinvolgere come stipulanti gli eredi. Ora siamo rispetto a questi nella stessa ipotesi della stipulazione del dritto reversivo a favore di terzi, l'illiceità, dipendente dalla deroga all'art. 1071 consisterebbe nell'ordinamento di una sostituzione fedecommissaria a favore degli eredi, di uno speciale ordine successivo rispetto ad essi; e quindi torna applicabile l'art. 1073 c. v. che deroga al principio dell'art. 1065, e ritenere la donazione valida, purificata dalla condizione illecita che la inficia.

nell'impossibilità di adoperare la formola di riconoscimento, fecero già in Francia abolire le clausole derogatorie con un'ordinanza del 1735: nel nostro diritto se ne continuò la pratica fino agli ultimi tempi, ed oggi ne vediamo definitivamente proscritto l'uso mercè il divieto in esame.

64. È pure illecita la clausola indicata dall'art. 956 c. c. per cui il testatore proibisce all'erede di accettare col beneficio d'inventario.

L'erede non può essere onerato d'un obbligo così fatto, che lo costringerebbe ad assumere ed accollarsi il passivo ereditario ed a rispondere con le proprie sostanze verso i creditori dell'eredità. L'istituito deve esser libero nella sua accettazione e non forzato a rinunciare ad un beneficio che la legge gli accorda, comunque il testatore possa considerare come un'offesa alla sua memoria l'accettazione beneficiata. Infatti è da ricordarsi come per il diritto delle Pandette, o il disponente stesso nel testamento, o il pretore, concedevano sempre all'erede un termine per deliberare che dicevasi *cretio*. Durante questo periodo il chiamato poteva informarsi, ispezionare i documenti, esaminare gli oneri e le attività ereditarie, per potere così giudicare se gli convenisse o no di far l'adizione: « *expediat necne adire hereditatem* » (L. 5 D. 28, 8).

Più tardi Giustiniano estese agli eredi un rimedio già concesso dall'imperatore Gordiano ai militi per esimersi dai debiti dell'eredità, cioè la *separatio bonorum*, per cui si limitava alle *vires hereditarias* la responsabilità degli eredi, a condizione che questi facessero un solenne inventario dell'asse relitto.

Questo beneficio concesso per virtù di legge non può dunque essere alla mercè dei privati, il cui arbitrio non può giungere ad impedirne o frustrarne l'applicazione.

65. È anche proibita nell'interesse pubblico la clausola con cui il testatore ordina agli eredi di non domandare la divisione ereditaria (984). Questo divieto infatti sarebbe contrario al principio (681) che nessuno può essere costretto a rimanere in comunione e che sempre se ne può da ciascuno dei partecipanti domandare lo scioglimento ¹⁾.

¹⁾ Cfr. cod. austr., § 832, 1208: « Il contratto (o la disposizione) per cui si esclude per tempo indeterminato il diritto di chiedere la divisione di una cosa comune o lo scioglimento di una società, è nullo ».

Cod. germ., § 749: « Ogni partecipante può sempre chiedere lo scioglimento

Le ragioni che hanno determinato il legislatore a questa norma proibitiva sono molteplici. Principalmente si è voluto limitare la durata di uno stato giuridico che è spesso causa di discordia fra i singoli utenti, poi si è voluto limitare la durata di uno stato economico che riesce poco favorevole al miglioramento e godimento fondiario, perchè dove manca l'esclusiva padronanza, manca l'interesse ad impiegare capitale e lavoro per render più produttiva la cosa goduta.

Questi principii erano già riconosciuti dal diritto romano che aveva fermato la regola: « in comunione vel societate nemo compellitur invitus deteneri » (L. 5 Cod. III, 37).

Il nostro legislatore però ha in una certa misura e sotto taluni riguardi riconosciuto forza vincolante alla volontà privata nel mantenere la comunione. Così mentre da un lato dichiara lecito il patto d'indivisione fino al decennio, d'altro lato riconosce efficacia alla proibizione del testatore, che impone ai coeredi la comunione fino ad un anno dopo la maggiore età di uno dei comunisti minori. Però in quest'ultimo caso la legge lascia alla discrezione del magistrato di permettere tuttavia la divisione, ove occorressero gravi ed urgenti circostanze. Questi temperamenti introdotti al rigore del principio sono giustificati ed hanno con sé la tradizione storica. Infatti mentre nel diritto romano il patto d'indivisione assoluta era nullo, il patto a tempo era ritenuto valido: « Si conveniat ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem, intra certum tempus ipsius rei qualitati prodest, valet » (14 § 2 D. 10, 3) Paul., L. 3 ad *Plaut.*

66. Finalmente, fra le condizioni illecite che s'incontrano ordinariamente nelle disposizioni *mortis causa*, il legislatore ha espressamente sanzionata la condizione proibitiva di matrimonio.

L'art. 850 suona: « È contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze quanto le ulteriori ». Questo esposto divieto segna nel nostro codice un notevole miglioramento sul codice francese, il quale, essendo rimasto muto in questa materia, ha dato luogo a molte incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza. Così,

della comunione. Se il diritto di chiedere lo scioglimento viene per convenzione escluso per sempre od a tempo, lo scioglimento può tuttavia chiedersi se esiste un motivo grave.

Un patto, col quale il diritto di chiedere lo scioglimento sia contrariamente a queste prescrizioni escluso o limitato, è nullo ».

sebbene dalla generalità degli scrittori si ritenga la condizione di non sposare illecita, pure si fanno delle distinzioni, si vogliono aggiungere dei temperamenti o si rimette il giudizio sull'efficacia di essa all'apprezzamento delle circostanze di fatto.

Ad esempio, il Demolombe, considerando che l'immoralità di questa condizione deriva per ciò che il divieto di nozze può travolgere nella sregolatezza e nel disordine coloro di cui inceppa la libertà, ne inferisce che la condizione è valida, se la persona a cui è imposta è giunta a quell'età della vita in cui la società e la natura non eccitano più al matrimonio ¹⁾.

Altri ritiene che la condizione è immorale soltanto allora che è stata dettata dal testatore per un turpe calcolo o per un atto puramente arbitrario ²⁾.

E la giurisprudenza ha ritenuto che la condizione di non maritarsi è valida, quando è stata ispirata da una saggia previdenza, per sottrarre il legatario, avanzato negli anni e colpito d'infermità fisiche ed intellettuali, all'avidità di persone che vorrebbero sposarlo a causa della sua ricchezza ³⁾.

Vi è poi chi ammette senz'altro la liceità in tutti i casi ⁴⁾.

Di fronte al testo positivo della nostra legge, a noi non è dato andar ricercando i motivi politici o sociali che ispirarono il legislatore ad accogliere alcuna restrizione al divieto, ma dobbiamo applicarlo rigorosamente anche quando le circostanze del caso lo dimostrino inutile od inopportuno.

Ma si noti. Il nostro codice disapprova soltanto quelle condizioni che importano una proibizione in modo assoluto delle nozze, che *impediscono* il matrimonio, e non si preoccupa della influenza che può esercitarsi più o meno sul legatario. Un grave errore in cui incorrono molti autori e molti giudicati sta proprio in ciò, nell'applicare alle condizioni limitative di matrimonio delle idee morali, nel vedere cioè se sia conveniente e degno che la libertà del legatario sia limitata o distolta od attirata mercè una disposizione vantaggiosa o se non urti alla delicatezza dell'amor sessuale un

¹⁾ DEMOLOMBE, 18, 240; TAULIER, IV, pag. 323; AUBRY et RAU, VII, § 672, n. 11.

²⁾ V. REINAUD, *Des conditions impossibles, illicites, ou immorales*, pag. 145; Cfr. Paris, 1.º avril 1862 (*Jour. d. Pal.*, 1862, 949).

³⁾ Caen 16 marzo 1875 (*Sirey*, 1875, 2, 143).

⁴⁾ TROPLONG, *Donations et testaments*, I, 237; CHARDON, *Du dol et de la fraude*, III, 597.

esterno incentivo, e simili: ma questo esame se può ritenersi ammissibile nel diritto francese, dove la legge face, è inutile ed arbitrario nella nostra legislazione.

La condizione *si non nupserit* è secondo il diritto nostro una condizione *illegale*, non *immorale*, quindi nel decidere della liceità o meno di essa dobbiamo prendere a guida il diritto positivo e non i principî di moralità.

La nostra legge parla di condizioni che impediscono il matrimonio, quindi tutte le condizioni che soltanto restringono o limitano la libertà del chiamato devono ritenersi lecite ¹⁾.

Così è lecita la condizione che proibisce le nozze prima di un determinato tempo, il qual termine però fosse ragionevole e non si risolvesse fraudolentemente in un divieto assoluto (arg. L. 62 § 5 D. 35, 1) ²⁾.

È lecita la condizione di non contrarre matrimonio con una determinata persona, o con persona di un determinato ceto o classe sociale, restando all'onorato abbastanza libertà di sposare altri: « cum alii cuilibet satis commode possit nubere » (63, 64 D. *ead.*) ³⁾.

Nè vale l'obbiezione che forse la persona cui il divieto si riferisce è quella appunto che il legatario predilige ed ama, e quindi impedendogli di sposarla, lo si costringe ad un celibato perpetuo, giacchè la proibizione della *conditio si non nupserit* è dettata nel-

¹⁾ Vedi in questo senso FADDA e BENZA nella traduzione delle *Pandette* di WINDSCHEID, vol. I, disp. 17, pag. 990.

²⁾ Cfr. DEMOLOMBE, 18, n. 243; LAROMBIÈRE, II, art. 1172, n. 3.

Così il non contrarre nozze prima di una certa età, che il testatore per motivi di prudenza o per altre ragioni ha creduto determinare. Nè qui può obbiectarsi che in tal modo si viene a creare una incapacità per l'onorato, oltre i limiti legali stabiliti per il matrimonio, giacchè l'onorato è sempre libero di contrarre nozze rinunciando al vantaggio offerto. Del resto la legge ha fissato delle norme per la generalità dei cittadini e non è detto che non possano i particolari secondo i loro interessi e secondo le circostanze aumentare queste garanzie e renderle più serie.

³⁾ Vedi per la dottrina LAROMBIÈRE, II, 1172, n. 32; AUBRY et RAU, t. 7, § 692, n. 13; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, VI, § 111; FULCI, *Successioni*, II, 152; GIANTURCO, *Sistema*, pag. 184 e la monografia del LOSANA, *Le condizioni di celibato e di vedovanza* (*Notar. ital.*, 1887, 177) e per la giurisprudenza: C. Napoli, 10 agosto 1870 (*Giurispr.*, VIII, 85); App. Catanzaro, 30 ottobre 1871 (ivi, IX, 112); App. Napoli, 28 novembre 1881 (*Foro*, VII, I, 448); C. Napoli, 4 ottobre 1893 (*For. it.*, 1894, I, 18); App. Milano, 22 maggio 1895 (id., 1895, I, 959); C. Napoli, 22 maggio 1897 (*Giur. it.*, 1897, 1, 1, 222); App. Napoli, 13 aprile 1898 (*For. Rep.*, 1898, *Successione*, n. 141).

l'interesse generale della società che non vuole ostacolati i matrimoni, e non per un culto esagerato alle personali inclinazioni del legatario ¹⁾. Del resto è degna anche di rispetto la volontà del testatore che saggiamente disponendo ha cercato forse distogliere l'onorato da una relazione indecorosa ²⁾.

Nell'antico diritto francese si eccettuava il caso in cui il legatario fosse tenuto per debito d'onore e di coscienza a sposare la persona cui il divieto si riferiva, così se l'avesse sedotta ed incinta ³⁾, e questa limitazione fu accolta generalmente dalla dottrina. Nel diritto nostro io credo venire ad una soluzione identica,

¹⁾ Così il RAMPONI (*Condiz. di vedov.*, pag. 31) dice che col divieto di sposare una persona determinata, quando il legatario vuole sposare appunto quella, la libertà del matrimonio è soppressa interamente. Quest'opinione è esagerata. Poichè il vietare *certe nozze* non è il vietare le *nozze* in genere, com'è l'ipotesi dell'art. 850. Nel § 700 del cod. austr. troviamo, dopo pronunziato il principio della nullità della condizione di non sposare, questo capoverso: la condizione che l'erede o legatario non sposi una persona determinata può essere apposta validamente.

²⁾ Si è arrivato fino a sostenere (RAMPONI, *Giur. it.*, 1896, I, 2) essere contraria al buon costume la condizione di non sposare una meretrice (!). Nota acutamente il FADDA (op. cit., pag. 993): « Ciascuno è libero di dedicarsi a questi esperimenti di riabilitazione. Ma non ci pare sia troppo pretendere per parte del testatore quando dichiara di voler essere alla sua volta libero di lasciare il suo patrimonio a uno che non si renda zimbello di tutti o per il suo cinismo o per la sua ingenuità o per la sua pazzia ».

³⁾ Cfr. in questo senso una decisione della Corte di Bruxelles, 6 maggio 1809 (*Sirey*, 1809, II, 341). Un caso analogo e nello stesso senso deciso si presentò alla Corte d'App. di Genova (26 febbraio 1886, *Foro it.*, 1886, I, 1244). Trascrivo alcuni considerando: « Attesochè fu insegnamento costante ed universale degli autori e dei tribunali che la detta condizione si avesse per non apposta, quando peculiari circostanze obbligavano moralmente la persona dell'erede a non rispettarla, ponendolo nella situazione di dover scegliere tra il lucro del testamento ed il fare o non fare un'azione che l'opinione generale e la coscienza pubblica riguardavano come illecita, immorale e degradante. Attesochè con i capitoli di prova si vuole stabilire che molto tempo prima della morte del padre (testatore) il D. Nicolò aveva intrapreso relazioni amorose colla Magera, facendole promessa solenne di matrimonio, che questa corrispondenza non fu mai interrotta, e continuò anche dopo il decesso del padre, senza che da parte della famiglia gliene fosse fatto carico, chè anzi reputavano esser suo obbligo morale di sposarla; che la Magera, in causa delle dette relazioni e della fede che aveva riposto nell'amante, rifiutò altri partiti convenienti e che per questo lungo amoreggiamento fra i due giovani si sospettava in paese che le loro relazioni fossero talmente intime da credere che se la giovane fosse stata abbandonata dal D. Nicolò, difficilmente avrebbe trovato altro partito onorato per collocarsi. Ora se questi fatti fossero provati, potrebbero grandemente influire sulla decisione della controversia, così... ».

ma non perchè consideri questo caso come un'eccezione ipotetica al principio della validità della conditio: *si Titio non nupserit*, ma perchè si avrebbe allora un condizione immorale, in quanto si verrebbe ad imporre al legatario una condotta sleale e disonesta.

Sarebbe anche valida la condizione di non maritarsi in un luogo determinato: *si Ariciae non nupserit*. Si tratta sempre d'una restrizione della libertà che non è colpita dalla legge. Ma in questo caso è da badare che indirettamente non si venisse a togliere ogni possibilità di contrar nozze, come se la legataria si trovasse in circostanze tali da non potersi maritare altrove: « nuptias non facile possit invenire ». In tal caso si deve colpire la frode e dichiarare la condizione nulla: « *interpctrandum ipso iure rescindi quod fraudandae legis gratia esset adscriptum* » (64 § 1 D. *eod.*).

Invece deve dirsi illecita tanto la condizione di non sposare altri *sine arbitrio Titii* (72 § 4 *eod.*)¹⁾ quanto la condizione di non fare sposare altri, come quella che ordinasse al legatario di non collocare in matrimonio una persona soggetta alla sua potestà, poichè in entrambi i casi si andrebbe ad un'indiretta violazione del divieto.

67. Il nostro codice vieta anche limitatamente la condizione proibitiva delle seconde nozze, cioè la condizione di vedovanza²⁾.

Ma questa condizione ha tutta una tradizione storica interessantissima che occorre ricordare.

Nei primi tempi della vita romana si può indurre che la condizione di vedovanza era permessa, e sia stata anche scrupolosamente osservata dalle donne caste e virtuose d'allora, il cui maggior vanto era di essere chiamate *univirae*. La *materfamilias* troneggiava nella famiglia e non dava mai lo scandalo di passare a seconde nozze³⁾, anzi se qualcuna fosse stata così indegna di rimaritarsi, doveva celebrare il rito nuziale in tempo festivo, perchè davanti ad un maggior numero di persone potesse arrossire dalla vergogna. Di quest'uso antichissimo che rivela una coscienza popolare ostile al

¹⁾ Osserva CUIACIO (*Quaest. Pap.*, L. XVIII, *ad h. l.*) che in tal caso la condizione può ridursi ad una condizione di non sposare, se il terzo designato rifiuta il suo consenso: *Quid si Titius arbitrari nolit?*

Vedi concordemente la dottrina: DEMOLOMBE, 18, n. 24; LAURENT, XI, n. 500; SELL, *Unmögl. Beding.*, § 39, S. 166. Invece sarebbe valida la condizione di non sposare senza sentire il parere di una persona determinata che potrebbe illuminare coi suoi consigli, ma il cui giudizio non vincolerebbe l'onorato. V. PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, III, pag. 273.

²⁾ Vedi la letteratura su questo tema nella bibliografia generale del lavoro.

³⁾ Cfr. JÖRS, *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (*Diss. inaug.*).

secondo matrimonio, ci fanno testimonianza oggigiorno una ricca messe *folk-lorica* di tradizioni e costumanze italiane. Ma quando più tardi i Romani, nell'ebbrezza del potere e delle conquiste ed in contatto con nuove genti, corrupero i loro costumi, e la società tutta fu travolta nella dissolutezza più sfrenata ed in quell'orgia d'immoralità e di capriccio che caratterizza l'era dell'impero, quando la famiglia, perduti i suoi ideali e la sua missione diventò l'unione occasionale di un giorno, che si dissolveva subito con un repudio od un divorzio, e le istituzioni sociali più in voga erano divenute il concubinato ed il celibato: allora naturalmente la coscienza sociale non poteva più fremere e ribellarsi davanti il secondo matrimonio, quando invece erano numerosi gli esempi di donne che contavano gli anni dai loro mariti. In questo tempo si cercò porre un riparo alla degenerazione invadente che aveva poi il suo contraccolpo politico nella scemata popolazione, e furono emanate quattro leggi: la *lex Sumptuaria*, la *lex Julia de adulteriis*, la *lex Julia de maritandis ordinibus* e la *Papia Poppaea*.

A noi interessano queste due ultime.

La prima rimetteva in generale la *condicio* « *si non nupsrit* », l'altra faceva dippiù: invitava direttamente al matrimonio sia con attrattive, sia minacciando delle pene a coloro che rimanevano *coelibes*. Così alla vedova era lasciato un termine di un anno dalla morte del marito e d'un anno e mezzo dal repudio per contrarre nuove nozze, altrimenti era inflitta la pena del celibato. Per via d'interpretazione dunque poteva giungersi senza stenti anche a rimettere la *condicio viduitatis*. Ma forse un resto di quell'antico ritegno contro le seconde nozze, oppure un passo indietro nella via delle riforme fece emanare un Senatuconsulto, noto sotto il nome di *lex Iulia Miscella*, con la quale rimettevasi la condizione *viduitatis*, ma a patto che la donna si maritasse entro l'anno e giurasse di essersi determinata a tale atto soltanto per desiderio di figliolanza (*procreandae sobolis gratia*). Spirato inutilmente quel termine, la donna poteva bensì ricevere il legato, ma doveva prestare la *cautio Muciana* per garentire dell'inadempimento. Più tardi questa legge fu tolta da Giustiniano che decise in ogni caso non esserci bisogno di giuramento e di poter la donna contrarre nozze liberamente, affinché si accrescesse la repubblica di uomini validi legittimamente procreati e non si aprisse la via agli spergiuri. « *Augeri etenim magis nostram rempublicam et multis hominibus legitime procreatis frequentari, quam impiis periuris affici, volumus. Cum satis esse inhumanum videatur, per leges quae periura puniunt, viam periuris aperiri* » (L. 2 Cod. VI, 40).

Ma Giustiniano più tardi sotto l'influenza dei padri della Chiesa si pentì del principio sanzionato dell'illiceità della condizione di vedovanza. Le dottrine cristiane infatti insegnavano che il sacramento del matrimonio non doveva prestarsi alle libidini delle vedove, che il marito defunto rimaneva sempre in ispirito congiunto col coniuge superstite, ed era un profanarne la memoria fare entrare un nuovo sposo nel talamo nuziale. Si arrivò a descrivere il secondo matrimonio come un *speciosum adulterium*, un'*honestà fornicatio*¹⁾. La vedova doveva rimanere casta, in eterno lutto, perennemente desolata e piangente sulla tomba del perduto marito. Ed il Sabello ritrae con pochi colpi il quadro: « Vidua vidualiter vivens dicitur imago mortui viri ».

Sotto l'influenza di queste dottrine, Giustiniano ebbe dunque scrupolo che col dichiarare illecita la condizione di vedovanza non si venisse ad offendere le ceneri del defunto marito e calpestare i suoi ultimi voleri: « enim defunctorum voluntates nihil absurdi continentes intercidere », perciò nella Novella 22 c. 43 cangiò la giurisprudenza allora seguita, e stabilì la validità della condizione di vedovanza; la donna quindi non poteva domandare il legato entro l'anno, *nisi spes nuptiarum deficiat*, e poteva riceverlo prestando cauzione per l'obbligazione che assumeva di restituire la cosa *cum fructibus*, nel caso contravvenisse all'onere imposto. Il dritto canonico seguì nello stesso sistema di osteggiamento contro le seconde nozze, che si continuarono sempre a ritenere come un'ingiuria al marito premorto ed una causa di contristamento per la sua anima. Anzi a coloro che si rimaritavano veniva negata la benedizione nuziale, e perdevano essi *in forum conscientiae* l'eredità od il legato del primo coniuge. La *condicio viduitatis* perciò fu validissima e così fu ritenuta in tutti quei paesi in cui si mantenne la tradizione del dritto romano. Ma la rivoluzione francese, avida di libertà, spazzò anche questi vincoli ed una legge del 5 brumaio anno II, confermata con un'altra del 17 nevoso stesso anno, reputò come non « écrite toute clause imperative ou prohibitive inserée dans les actes..... lorsqu'elle gêne la liberté qu'il y a de se marier ou remariar ». Il cod. Nap. tacque sul grave argomento, ed il suo silenzio provocò dispute ardenti nella dottrina²⁾. Ma altre legislazioni pensarono d'intervenire

¹⁾ ATHENAGORAS, *Apol.*, pag. 37 (cit. in POLIGNANI, *Condiz. di vedovanza*).

²⁾ Ritene la illiceità assoluta di tale condizione il TAULIER, t. IV, pag. 323; REINAUD, op. cit., pag. 154; LAURENT, XI, n. 50; — la liceità: MASSÉ et VERGÉ

nel conflitto. Così Ferdinando II, nel regno delle Due Sicilie, emanò un decreto con un articolo unico così concepito: « I vedovi e le vedove, che contraggono matrimonio solo ecclesiasticamente, non possono conservare il godimento di alcun dritto o vantaggio che per disposizione di legge, per convenzione qualunque o per beneficenza del primo coniuge, sia concesso allo stato vedovile od a quello condizionato ». Altre legislazioni pensarono di risolvere la questione, non badando unicamente all'interesse egoista del binubo, ma all'interesse della famiglia e della prole. Quindi permisero la condizione di vedovanza nel caso vi fossero figli, in caso contrario si reputò la condizione illecita. Così il codice austriaco all'art. 700. Il codice Albertino andò più oltre. Poichè arrivò a stabilire una presunzione *iuris et de iure*, per la quale s'intendeva sempre apposta la *condicio viduitatis*, in tutti i casi che il coniuge superstite fosse rimasto con figli. Del resto dichiarava la condizione nulla.

Il nostro codice invece permette la condizione di vedovanza nella disposizione fatta dal coniuge (art. 850 2.^o c. v.), ma ne esclude la validità se apposta da altra persona. Anche in questo caso la condizione può esser soltanto aggiunta dal coniuge in una disposizione *favorevole* al coniuge superstite, cosicchè questi abbia la scelta o di accettare il legato o di rimaritarsi a sua voglia. Questa disposizione favorevole non può essere quindi la quota di usufrutto che gli spetta per legge, la quale è incondizionatamente attribuita al coniuge superstite anche contro la volontà del testatore ¹).

Dal lascito condizionato alla vedovanza deve però distinguersi il lascito fatto per il caso e per il tempo del celibato e della vedovanza, da durare cioè per tal periodo. In questa seconda ipotesi il legato di una prestazione periodica, pensione, uso, abitazione ed usufrutto, diretto manifestamente ad assicurare soltanto i mezzi di sussistenza o di una vita comoda ed agiata al celibe o alla vedova,

sur ZACHARIAE, III, pag. 178; TROPLONG, op. cit., I, 248; TOULLIER, III, n. 259; COIN-DELISLE, art. 900, n. 39. Altri scrittori distinguono se la condizione è imposta a vedovo o vedova con figli dal coniuge o da parenti, ed allora soltanto ritengono la condizione valida. Così VAZEILLE, art. 900, n. 5; DEMANTE, t. 3, n. 16; DURANTON, t. 8, n. 628; AUBRY et RAU, t. 6, pag. 4.

⁴) Non mi sembrano convincenti le osservazioni in contrario addotte dal FRUGONI (*Arch. giur.*, VIII, 527). Il coniuge per la sua quota d'usufrutto ha le stesse garanzie dei legittimari e quindi essa secondo l'art. 808 non è passibile di alcun peso o condizione.

è valido da chiunque sia fatto, mancando il sospetto di una ben lontana coazione contro la libertà del chiamato. Tuttavia anche in questo caso è possibile la frode, come se fosse assegnata ad una giovane una rendita vistosissima fino a che rimarrà zitella: ma è dubbio però se il magistrato possa intervenire e dichiarare la disposizione illecita ¹⁾.

68. Viene a mancare alla condizione di vedovanza il vedovo o la vedova che vive in concubinaggio o contrae soltanto nozze religiose?

Sul primo punto, nessun dubbio: il concubinato non è matrimonio e non può portare mai alla decadenza della liberalità. Del resto, osserva il Demolombe ²⁾ riferendo un'opinione analoga del Labbé, lo spirito della nostra legislazione è di ovviare per quanto sia possibile alle scandalose ed inquisitorie indagini sulla privata condotta, ed, ammettendo il concubinaggio come causa di violazione della condizione, si aprirebbe la via ad innumerevoli processi, suscitati da eredi interessati allo scopo di svergognare il legatario.

Invece per il matrimonio religioso sono sorti dei dubbi, ma la questione è oramai esaurita ³⁾.

Alcuni, argomentando da ciò che il matrimonio ecclesiastico di fronte alla legge non è matrimonio, dissero che la condizione di vedovanza non dovesse ritenersi violata, se la donna passa a nozze religiose, poichè in questo caso la sua qualità civile non muta, ma essa rimane sempre tale di fronte alla legge.

Per sostenere quest'opinione si portava ad esempio che analogamente la dottrina considera la madre non decaduta dall'usufrutto legale e la moglie dell'impiegato non incorsa nella perdita della pensione, quando contrae matrimonio religioso, poichè in tutti questi casi essa resta civilmente e legalmente vedova. A questa teoria, per ciò che riguarda la *condicio viduitatis*, si sono mosse varie obiezioni, osservando come, se è vero che quando la legge vieta il matrimonio intende sempre parlare di quello civile, non è detto che il testatore non possa essere anche più rigoroso del legislatore, e non voglia anche proibire quello ecclesiastico. Nessun dubbio, dice il Polignani, che

¹⁾ Vedi PFAFF ed HOFMANN, *Comm.*, II, pag. 586.

²⁾ Op. cit., 18, n. 250.

³⁾ Vedi: PAOLI, *Giorn. Leggi* (1872, 131); SAREDO (*Legge*, 1871, 1, 17); FILOMUSI-GUELFI (*Racc.*, XXVI, 1, 2); POLIGNANI (*Filangieri*, 1876, 513); GABBA (*Racc.*, XXXII, 1, 991).

quando la legge parla di seconde nozze, essa si riferisce soltanto al matrimonio civile che è quello da lei esclusivamente riconosciuto. Ma qui la questione è diversa. Si tratta invece di sapere, se quando il testatore impone la condizione di vedovanza, egli voglia soltanto impedire alla moglie il matrimonio civile oppure la sua volontà vada più oltre e sia rivolta anche alla proibizione di ogni qualsiasi unione di fatto, la quale esso non ostante reputi un'offesa alla sua memoria od un danno per la sorte dei figli. Ora ciò non si può disconoscere.

« Il *volo* del testatore concerne la sostanza e non la forma della cosa. Rispetto al marito è indifferente che la vedova sia benedetta dal parroco o riceva quella lezioncina poco seria che deve farle il sindaco: per lui altro non si vuole che il suo talamo resti sacro ed illibato, ancor quando ei non sarà tra i viventi ».

Invero, se si considera che la condizione di vedovanza è dettata normalmente nell'interesse dei figli o per uno spirito geloso che vuole conservata oltre tomba nell'altro coniuge la castità e l'inviolatezza del talamo nuziale, si deve ritenere come non osservata la volontà del testatore, quando la vedova contrae un matrimonio di fatto, sebbene non riconosciuto dall'ordine giuridico.

Nelle condizioni deve badarsi alla intenzione del disponente, non all'esterno significato legale delle parole.

Tuttavia è possibile che la mente del testatore abbia voluto soltanto escludere il matrimonio civile: in questo caso, dimostrata o desunta per induzione questa volontà, il matrimonio religioso non importerebbe decadenza dalla liberalità condizionata al non maritarsi.

La soluzione dunque si riduce ad una *questio facti*: la nuda condizione di vedovanza, secondo la presumibile intenzione del testatore e lo scopo voluto raggiungere con la proibizione, importa divieto delle due forme di matrimonio, salvo che non si provi una volontà più ristretta e limitata nel disponente ¹⁾.

II. — NEGOZI IMMORALI.

69. Fin qui noi abbiamo visto uno scheletro di proibizioni, quelle dettate dalla legge, ma questo scheletro ora viene rincarato

¹⁾ In questo senso è la giurisprudenza. Vedi App. Torino 17 gennaio 1881 (*Foro Rep.*, 1881, *Successione*, n. 165); Tr. Cagliari, 27 aprile 1882 (*For. Rep.*, 1882,

e ridotto ad un organismo completo con i divieti imposti dalla morale e quelli relativi all'ordine pubblico. Cominciamo dai primi ed anzitutto da quei negozi che hanno per oggetto un delitto.

Basta accennare a pochi esempi. Così, un mandato per uccidere un nemico o per devastare l'altrui proprietà, o per rapire e sequestrare una ragazza, o procurare un aborto, un'associazione a delinquere, una permuta per mettere in circolazione delle monete false, una locazione d'opera di un calligrafo per falsificazione di documenti, ecc.

Speciale riguardo meritano quei contratti che hanno per oggetto un delitto politico, così quelli che hanno per scopo di rovesciare la costituzione dello Stato o di rimettere sul trono una dinastia spodestata ¹⁾, o con cui si vuole organizzare un'insurrezione civile (articolo 104 c. p.) o che intendono allo spionaggio politico o militare (107, 110 c. p.) o con cui si viola lo stato di neutralità fornendo dei materiali di guerra ad una nazione belligerante (113 c. p.).

Anche degni di studio sono quei negozi che si riferiscono alle coalizioni industriali ed ai monopoli.

Una convenzione, per cui gli operai di un opificio si obbligassero di disertare il lavoro e mettersi in sciopero, sarebbe illecita?

Il reato di sciopero ²⁾ fu elaborato dai giuristi del dritto intermedio, i quali vivendo in un tempo in cui era in fiore la servitù della gleba ed in cui il lavoro era asservito per le corporazioni e considerato come un privilegio, vedevano nell'astensione concertata degli operai dal lavorare per ottenere un aumento di salario, una ribellione all'autorità del padrone, un tentativo sedizioso che doveva per sè stesso esser punito. Non c'era altra via: o soccombere, senza lotta, nel proprio dritto, e restare operaio; o soccombere, con la lotta,

stessa voce, 107-110); C. Napoli, 20 giugno 1879 (*For. Rep.*, *Matrimonio*, n. 35-37); C. Torino, 12 maggio 1880 (*Id.*, 1880, stessa voce, n. 40-44); Cass. Torino, 31 dicembre 1888 (*Mon. Trib. Mil.*, 1889, 397).

¹⁾ Cfr. KOHLER (*Archiv für bürg. Recht*, V, S. 207); MYER, *Federal Decisions*, VIII, 618, 626; WHARTON, *Conflict of laws*, § 496; DALLOZ, *Rép. « Obligation »*, n. 559.

²⁾ LEROY-BEAULIEU, *Le socialisme et les grèves*; GAUTHIER, *Étude écon. sur les coalitions d'ouvriers et les grèves*; GISOTTI, *Dello sciopero nei riguardi politici e sociali*; SBARBARO, *Sui limiti della punibilità dello sciopero*; PALADINI, *Gli scioperi e la questione sociale*; FABRIZI, *Scioperi* (Roma 1893); VIRGILI, *Lo sciopero nella vita moderna* (*Studi Senesi*, 1896, 197); FONTANELLI, *Gli scioperi*; MASÈ-DARI, *Sciopero* (*Dig. It.*, XXI).

nella propria libertà e diventare malfattore. Così è stato concepito lo sciopero dall'antichità fino alla metà di questo secolo ¹⁾.

Ma più tardi col diradare di questi pregiudizi, diventato il lavoro libero e riconosciutasi l'eguaglianza giuridica fra padroni ed operai, si venne anche ad ammettere la legittimità dello sciopero che è una conseguenza della libertà del lavoro e della libertà d'associazione. L'operaio ha il dritto di vendere alle migliori condizioni la merce di cui dispone, e quindi di rifiutarsi dal lavorare se non è soddisfatto delle condizioni offerte ²⁾. Egli con ciò non viola il dritto d'alcuno. Lo sciopero, se può dar luogo a conseguenze civili, come una rottura illegittima del contratto di lavoro, non è per sè stesso punibile. Adamo Smith scriveva: Il patrimonio del povero consiste nella sua forza e nell'abilità delle sue mani; impedirgli di impiegare questa forza e questa abilità nel modo che più gli conviene, quando non rechi danno ad altri, è una manifesta violazione della primitiva proprietà.

Prima a riconoscere la libertà di coalizione ed il dritto alla lotta per il salario fu l'Inghilterra con la legge 21 luglio 1824, indi seguirono il suo esempio le altre nazioni. Nel nostro dritto lo sciopero diventa reato soltanto allora che assume il carattere di una *violenza* contro la libertà del lavoro (165 c. p.). Quindi segue che la semplice convenzione di scioperare conclusa fra più operai deve ritenersi efficace, e perciò validamente apposta la penale che potesse esser gravata per il caso d'inadempimento. Un tale contratto invero non è proibito, nè deroga ad alcuna legge, nè urta ai principi di moralità. Salvo tuttavia l'impugnare il contratto per violenza o dolo, e salvo la sua illiceità nel caso che imponendo l'obbligazione indeterminata di non lavorare, venisse ad intaccare il dritto all'esistenza.

Analogamente deve ritenersi valida la convenzione per cui si stabilisca una coalizione fra i padroni di chiudere le fabbriche e li-

¹⁾ MODICA, *Il contratto di lavoro*, n. 103, pag. 150.

²⁾ Il CULLOCH (*Principii d'econ. pol.* nella *Bibl. degli Econ.*, vol. XIII, pag. 121) scrive: « Un uomo non è più che uno schiavo, se gli si impedisce di stabilire di concerto cogli altri i patti a cui venderà il suo lavoro ».

Del resto la statistica degli scioperi dimostra che questi sono riusciti quasi sempre favorevoli agli operai nel determinare un aumento di salario ed in genere condizioni migliori (V. GAUTHIER, op. cit., pag. 54; CONIGLIANI, op. cit., p. 731 ed il citato studio del VIRGILI che è una dimostrazione di questo principio ricca di dati e di fatti).

enziare gli operai ¹⁾. Come l'operaio è libero di offrire il suo lavoro, e nessuno può costringerlo a prestarlo, così il padrone è libero di mettere in esercizio il suo capitale, e quindi chiudere le sue officine, se così gli piace. Perchè il reato sorga occorre sempre l'elemento della violenza, ma poi sia il pacifico abbandono del lavoro sia la pacifica chiusura degli opifici (*lock-out*) non è punibile e la convenzione che cada su un tale oggetto non è invalida.

Tutto quello che vi è di duro e di aspro in questa lotta selvaggia economica, in questo sordo cozzo d'interessi non deve impressionare la mente del giurista, il quale nel riconoscere la validità del contratto non deve badare all'impressione esterna del complesso negozio, ma alla sua liceità od illiceità intrinseca ²⁾.

70. Invece è illecita sotto determinate circostanze una convenzione di monopolio, o come si dice in Francia la formazione di un sindacato, oppure come si dice in Inghilterra ed in America la costituzione di un *trust* ³⁾.

Fin dai tempi più antichi fu considerata come contraria al benessere pubblico la coalizione commerciale, specialmente relativa allo incettamento delle derrate e generi alimentari ⁴⁾ e contro di essa furono emanate leggi severissime.

Nel dritto romano la *lex Iulia de annonâ* sanciva una pena « ad-

¹⁾ In Francia è stato dichiarato nullo come contrario alla libertà del lavoro, del commercio e dell'industria, il patto fra più produttori di pagare gli operai secondo un salario fissato, obbligandosi di non farvi variazioni (Douai, 22 marzo 1862, *Sirey*, 1863, 2, 111; Nancy, 23 giugno 1851, *J. du Palais*, 1853, 1, 38). Secondo il nostro diritto credo un tale patto valido.

²⁾ Invece il diritto austriaco dichiara espressamente nulle « Verabredungen von Arbeitsgebern, welche bezwecken, mittelst Einstellung des Betriebes oder Entlassung von Arbeitern diesen eine Lohnverringerung oder überhaupt ungünstigere Arbeitsbedingungen aufzuerlegen, sowie Verabredungen von Arbeitnehmern, welche bezwecken, mittelst gemeinschaftlicher Einstellung der Arbeit von den Arbeitsgebern höheren Lohn oder überhaupt günstigere Arbeitsbedingungen zu erzielen ». Cfr. HASENÖHRL, *Oesterr. Obligationenrecht*, I, S. 433 w.

³⁾ Vedi: STRYCK, *De Dardanariis*; ALBERICO, *De monopolio*; HAUS, *Des coalitions industrielles et commerciales*; WOLOWSKI, *La concurrence et la coalition*; WAELBROECK, *De la liberté des coalitions industrielles et commerciales*; GUETTA, *Delle coalizioni industriali e commerciali*; BETOCCHI, *Le coalizioni nell'economia e nel dritto*, Napoli 1891; JENCKS, *Jahrbuch für National-Oekonomie und Statistik*, B. 61; COOK, *Trusts*; KEEL, *Industrielle und commerciale Ringe und Kartelle* (1897).

⁴⁾ Nei proverbi di SALOMONE (cap. XI, n. 26): « Colui che nasconde il grano, sarà maledetto dai popoli . . . ».

versus eum qui contra annonam fecerit, *societatemve coierit quo annona carior fiat* » (L. 2 D. 48, 13) Ulp. Contro gli incettatori (*Dardanari*) i quali occultavano le merci comperate per farle aumentare di prezzo, e rifiutavano di vendere i prodotti, aspettando raccolti meno ubertosi, si procedeva con giudizio straordinario, ed Ulpiano ci fa conoscere che la pena stabilita era l'interdizione dal commercio per i mercatori, e la relegazione e la condanna ai lavori pubblici (L. 6 D. 37, 11).

Più tardi Zenone con una famosa costituzione (c. ult. Cod. IV, 59) proscrisse ogni forma di monopolio. « *Iubemus ne quis... monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus coniuret aut paciscatur, ut species diversorum corporum negotiationibus, non minoris, quam inter se statuerent, venundentur* ».

Questi principii si mantennero anche nel dritto medioevale e gli scrittori di quel tempo insegnarono generalmente dovesse riconoscersi l'illiceità di tali convenzioni che tendono esclusivamente *ad damnum publicum et quaestum privatum* ¹⁾.

Un'ordinanza proibitiva del monopolio fu emanata da Carlo V nel 7 ottobre 1531 ed un regime proibitivo era anche adottato in Inghilterra dalla *common law*. In Francia nei secoli XVII e XVIII, sebbene si riconoscesse la libertà del commercio dei grani, pure in tempi di penuria i commissari del governo erano autorizzati a ricercare i magazzini di depositi delle granaglie, ed esportarle sul pubblico mercato, lasciandone ai proprietari per quanto bastasse al loro sostentamento fino al prossimo raccolto. In Austria era poi proibito comprare ed ammassare dei cereali, per rivenderli durante la carestia (cod. austr., § 1709).

Veniamo al diritto moderno.

Uno degli eccessi delle legislazioni anteriori fu di confondere l'incettamento col monopolio, e punire quello alla stregua di questo come dannoso alla pubblica salute e lesivo dei diritti dei cittadini.

Ora il monopolio si distingue nettamente dalla semplice incetta, perchè il monopolio è l'azione di più, l'incetta l'opera di un singolo: il monopolio ha per sostrato necessario l'accordo di diverse persone, le quali si propongono di fare elevare ingiustamente il prezzo delle mercanzie oltre il loro valore normale e quale sarebbe offerto dalla

¹⁾ DECIANI, *Tract. criminal.*, L. 8 C. 21.

libera concorrenza; l'incettamento invece non è che l'esercizio di un diritto privato ed una forma di speculazione commerciale lecita¹⁾.

Non solo, ma valenti economisti hanno oggi dimostrato l'innocuità dell'incettamento. Così il Roscher ha proclamato questo come un rimedio contro la carestia, poichè gli accaparratori raccogliendo i grani delle annate feconde, riparano alla scarsezza degli anni di penuria. Dopo una copiosa raccolta, egli dice, siccome niuno pone a profitto il superfluo, ed i produttori sperperano le loro provviste, il grano si vende al disotto del prezzo remunerativo. Invece gli incettatori ritirano dal mercato la massa soverchia, e mentre da una parte livellano i prezzi, serbano questo superfluo per le annate cattive. La paura degli accaparratori propagata nel popolo altro non è che una variante della paura degli spettri²⁾.

Lo stesso però non è a dirsi del monopolio, poichè se questi accaparratori singolarmente potrebbero riuscire agenti benefici del commercio, specialmente sotto la garanzia della concorrenza, quando si uniscono fra loro e si coalizzano, e sottraendo le derrate e le merci alla circolazione impongono i prezzi sul mercato, essi diventano perniciosi alla libertà commerciale ed indegni di tutela giuridica.

Consento, che il pericolo di monopolio, oggi con l'estensione e la rapidità degli scambi non è così minaccioso, com'era una volta, quando i singoli mercati erano assai ristretti e chiusi fra loro, ma ciò non giustifica che debba ritenersi innocua la coalizione che cerca arrivare a questo risultato. Del resto in determinate circostanze può la coalizione diventare perniciosissima, come in una città assediata od in un paese bloccato di neve, o remoto dove non giunge il movimento del commercio. Come anche, senza ricorrere a questi casi rari, abbiamo avuto l'esempio recentissimo del colossale sindacato americano, di pochi anni fa, che avendo accaparrato tutta la massa granaria mondiale, si fece arbitro dei prezzi di vendita. D'altra parte oggi, specialmente all'estero, le coalizioni hanno assunto proporzioni formidabili, convertendosi in mezzi poderosi di speculazione, da soffo-

¹⁾ Nella Relazione senatoria all'art. 326 cod. pen. si legge: La deficienza od il rincaro di merci quando trae la sua origine da una semplice incetta non è punibile. In tal caso il fine può essere eticamente riprovevole, ma la lesione del dritto manca, e la sanzione penale esercitando un'illegittima pressione sullo svolgimento dell'industria e dei commerci, contraddirebbe ai più elementari principi di libertà.

²⁾ ROSCHER, *Commercio dei grani* (Bibl. degli Econ., Ser. 2.^a, vol. VIII, pag. 518) ed *Economia dell'agricoltura* (Bibl. degli Econ., Serie 3.^a, vol. I, pag. 930).

care gli sforzi dei consumatori e dei concorrenti e distruggendo colla loro potenza finanziaria la libertà commerciale.

Basterà ricordare il sindacato delle raffinerie di zucchero e quello dei prodotti chimici in Francia, le coalizioni sul carbone e sui trasporti marittimi in Inghilterra, i *trusts* americani sulle industrie metallurgiche e minerarie ¹⁾. Oltre, le coalizioni finanziarie per produrre il rialzo delle azioni di una società, o per l'incetta delle monete divisionarie da esportare all'estero, ecc.

La giurisprudenza francese è quella che si è mostrata più decisamente contraria ad ogni convenzione di monopolio, dichiarandola in ogni caso nulla come contraria all'ordine pubblico ²⁾ (art. 419 cod. pen. fr.).

In Inghilterra, l'Act 29 giugno 1871 (34, 35 Vict. c. 31) vieta espressamente ogni convenzione che limita la libertà di commercio.

Negli Stati Uniti ³⁾, dove i *trusts* hanno preso un grande sviluppo, la giurisprudenza è per la nullità giuridica di essi, anzi in alcuni paesi, come nel Canada, nel Missouri, ecc., esistono leggi speciali proibitive. Inoltre la legislazione federale ha la legge 2 luglio 1890 che dichiara illegale ogni accordo (*conspiracy*) che tenda a restringere il commercio fra i diversi Stati.

Venendo al nostro diritto positivo non si trova nel codice penale italiano alcuna norma contro i *trusts*, nel senso di associazioni di produttori che regolano di comune accordo la produzione e stabiliscono fra loro i prezzi e le condizioni di vendita ⁴⁾: quindi tali patti debbono considerarsi leciti. Ma sono vietate quelle convenzioni con cui più speculatori coalizzandosi, e servendosi dell'incetta o di altro mezzo cercano produrre un incartamento dei prezzi a loro esclusivo beneficio.

L'art. 293 cod. pen. sancisce: « chiunque col diffondere false notizie o con altri mezzi fraudolenti produce sul pubblico mercato un aumento nei prezzi di salari, derrate, merci, o titoli negoziabili,

¹⁾ HENRY BABLED, *Les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises*, Paris 1893.

²⁾ P. es., cfr. la decisione della Cass. 11 févr. 1879 (*Journ. du Pal.*, 1879, 490). Sono nulli e di nessun effetto come contrari al principio della libertà di commercio e dell'industria i contratti organizzanti tra i principali fabbricanti d'iodio e produttori di soda una coalizione per dare alla merce dei prezzi al disopra od al disotto del corso che avrebbe determinato la libera concorrenza.

³⁾ IENCKS, op. cit., S. 1 e seg.

⁴⁾ Così la Società Anglo-Sicula per gli zolfi.

è punito.... »: e l'art. 326: « chiunque, con false notizie *od altri mezzi fraudolenti* produce la deficienza o il rincaro di sostanze alimentari, è punito... ».

Ora nella frase generica « mezzi fraudolenti » io credo, si possono far rientrare quelle artificiose convenzioni, con cui, impedendo il libero movimento della domanda e dell'offerta, si fa fraudolentemente sparire la merce dal mercato, per aumentarsene la richiesta e quindi elevarsi il prezzo. Questa speculazione che va contro la libertà del commercio e che spesso producendo una carestia artificiale vuole arricchire a danno dell'alimentazione pubblica è dal diritto punitivo sanzionata ed anche civilmente priva di tutela.

I requisiti perchè si abbia un tale negozio illecito sono, che il contratto abbia direttamente per oggetto di produrre la deficienza ed il rincaro delle derrate, o sostanze alimentari, e che questo rincaro sia procurato a fine di speculazione ¹⁾.

Dal contratto di monopolio deve distinguersi il contratto di *boicotaggio* ²⁾, con cui più produttori o commercianti si obbligano di escludere certe persone o certe classi di persone dal loro commercio, o di fare ad essi delle condizioni più gravose: questi contratti sono immorali, non proibiti; in quanto tendono a recare danno deliberatamente a certe persone di cui si vuol restringere o soffocare l'esistenza economica ³⁾.

¹⁾ L'ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Einführung*, S. 442, nota i, mentre riconosce come prevalente in Germania la dottrina che ritiene i *trusts* commerciali validi (V. anche LEHR in *Vierteljahrschrift für Volkswirtschaft*, I, 37) dichiara invece illeciti quelli per cui si vuole sfruttare e danneggiare il pubblico con la monopolizzazione delle sostanze necessarie alla vita. Nel diritto austriaco vi è la legge 17 aprile 1870 che dichiara invalide « *Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke den Preis einer Waare zum Nachtheile des Publikums zu erhöhen* ».

²⁾ Cfr. KOHLER, op. cit., S. 225. V. pure DIGBY e BUTCHER in *Law Quarterly Review*, VI, pag. 129, 363, citati in KOHLER. Così pure HECKEL, *Der Boycott* (*Jahr. f. Nationalökonomie*, B. 65, pag. 481).

³⁾ Nel dritto francese il *boicotage* è punito e quindi costituisce un contratto delittuoso. Cfr. Paris 28 février 1888 (*Pal.*, 1889, I, 322). Il fatto che più detentori di certe acque minerali si sono coalizzati nel fine d'impedire la vendita di queste acque a certi negozianti o di fare in modo ch'esse non siano vendute, che ad un certo prezzo, costituisce il delitto previsto e punito dagli articoli 419 e 420 cod. pen. Vedi la nota di RAOUL IAY a piè della sentenza.

Cass. 13 janvier 1879 (*Pal.*, 1879, 489): È illecita la coalizione formata tra i principali detentori di una merce (nella specie, della carne) contro l'aggiudicatario futuro delle forniture di cibaria per l'esercito, in modo da rendere la sua impresa impossibile o rovinosa.

71. Un'altra forma di negozio immorale delittuoso è quella indicata dall'art. 299 cod. pen.: « chiunque con *doni, promesse, collusioni*.... impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito...

Colui che per danaro od altra utilità, data o promessa a lui o ad altri, si astiene dal concorrere a detti incanti, è punito... ».

L'incanto essendo l'unica forma legale per ottenere il giusto prezzo nelle vendite e nelle concessioni pubbliche, non può essere in alcun modo turbato, menomandosi la gara e quindi rendendo illusoria la garanzia della libera concorrenza ¹⁾.

Qui rientrano i patti *de non licitando*.

Sono quindi nulle tutte le convenzioni, con cui alcuni si astengono dal concorrere all'asta o dall'aumentare ²⁾, o fanno una finta gara per non far crescere il prezzo d'aggiudicazione ³⁾, oppure si obbligano di non rincarare ⁴⁾, per la promessa o prestazione avuta di un corrispettivo da parte del deliberatario od aspirante alla libera.

Da questi patti di non licitare bisogna invece distinguere gli altri contratti leciti, con cui una o più persone si associano nel loro comune interesse di adire all'asta, poichè in tal caso nessun turbamento si arreca alla libertà degli incanti.

Questi principî sono oggi accolti pacificamente dalla giurisprudenza. Così la Cass. di Napoli (16 agosto 1866, *Ann.*, 1, 1, 318) ha

¹⁾ REGELSBERGER, *Civilr. Erörter.*, S. 189; LOTMAR, *Unmoral. Vertrag*, Nota 223; KOHLER, *op. cit.*, S. 225; HASENÖHRL, *Oesterr. Obligationenrecht*, S. 431, K.

²⁾ V. Colmar, 15 janvier 1820 (*DALLOZ, Rép. v. « Obligation »*, n. 580: « Il contratto per cui più individui si sono impegnati verso un terzo, di non concorrere, nè per sè nè per altri, ad un'impresa di un servizio pubblico di cui il terzo voleva rendersi aggiudicatario, è nullo come illecito ». C. Napoli, 16 agosto 1866 (*Ann.* I, 1, 318): È riprovata dalla legge come illecita la convenzione con la quale o per denaro o per altro mezzo s'inducee ad astenersi dall'offrire ai pubblici incanti, o per recedere dal fare nuova offerta sull'offerta maggiore sopravvenuta.

³⁾ C. Napoli, 30 maggio 1891 (*Mon. Trib. Mil.*, 1891, 603): È causa illecita di obbligazione il prestarsi mercè un compenso in denaro a fingere una gara in licitazione ad incanto privato a fine di non fare elevare il prezzo a vantaggio del creditore oltre una somma determinata.

⁴⁾ C. Torino, 9 agosto 1892 (*Filangieri*, 1893, 71). Costituisce patto illecito quello per cui il deliberatario d'uno stabile ed un terzo convengono di astenersi dal fare l'aumento di sesto ed il primo s'impegna di rivendere lo stabile deliberato al secondo, per un prezzo maggiore di quello di delibera.

deciso: « Non è vietato a due o più persone l'unirsi in società per concorrere ad una determinata licitazione nel loro comune interesse »; e la Corte di Napoli aveva deciso poco prima (17 marzo 1866, *Gazzetta G.*, 18, I, 392): Non può impugnarsi di nullità per causa illecita l'obbligazione di una penale aggiunta in una privata scrittura da un oblatore all'asta pubblica che pattuisce una società dell'impresa con un altro offerente che si ritira dall'asta ¹⁾.

72. Ancora altri negozi delittuosi si hanno in materia di fallimento. Così tutti gli accordi intervenuti tra il fallito e terzi, per cui questi ultimi si assumono di comparire simulatamente creditori o si prestano ad occultare una parte dell'attivo, cooperandosi col fallito all'opera di ricettazione e distrazione dei beni (865 c. com.). Così pure le convenzioni con le quali uno dei creditori si procura dei vantaggi a carico del fallimento.

Inoltre quei turpi mercati per cui o dei creditori od altre persone stipulano delle utilità a loro favore per il voto nelle deliberazioni del fallimento o sulla domanda di moratoria (866 codice commerciale) ²⁾, ecc.

In questi ultimi casi, anzi, la legge stessa dichiara (867 n. 3 c. comm.) che la sentenza penale di condanna deve ordinare la nullità *rispetto a tutti* delle convenzioni conchiuse.

73. A numerosi negozi illeciti dà luogo il reato di corruzione, cioè il fatto d'indurre altri con doni o promesse a tradire il proprio ministero, sia omettendo il compimento di un atto doveroso sia commettendo scientemente un atto ingiusto. Essa s'intende in senso tecnico riferita ai pubblici ufficiali: e perciò sono nulli tutti quei contratti col giudice per ottenere una sentenza favorevole, o con qualche pubblico funzionario per ricevere un impiego, una pensione, un titolo.

Ma la corruzione ha anche un significato comune più esteso ed abbraccia tutti quei negozi per cui si presta o si promette qualche cosa ³⁾ per indurre altri alla violazione di un obbligo morale o

¹⁾ Vedi in questo senso un parere del Consiglio di Stato in data 21 gennaio 1887 (*Filangieri*, 1887, 2, 460).

²⁾ DALLOZ, *Rép.*, v. « *Obligation* », n. 622: « La convention tra fallito e un creditore per ottenere la sua adesione al concordato è nulla ».

³⁾ La promessa può avere anche per oggetto un compenso negativo, come quando si presta garanzia contro le conseguenze di una violazione, e quindi indirettamente si spinge a commettere l'atto ingiusto o turpe, assicurando il promissario contro il danno che potrebbe derivargli da esso. Un esempio caratteristico di

giuridico ¹⁾. Così la corruzione di un avvocato per prestare un patrocinio infedele al suo cliente (prevaricazione) o di un testimonio per mentire o tacere la verità in giudizio (subornazione), ecc. Qui pure dobbiamo far menzione dei negozi relativi alla corruzione elettorale, giornalistica, parlamentare.

È illecito il contratto con cui si vende il proprio voto politico od alcuno si astiene dal votare sia ricevendo delle promesse vantaggiose o prestazioni in denaro o in altra forma, come pranzi, rinfreschi, bibite e simili allettamenti conciliativi della benevolenza dell'elettore ²⁾. Su questo proposito è da ricordare l'importante disposizione dell'art. 93 della nostra legge comunale e provinciale,

questa forma di negozio immorale per corruzione ci fornisce una sentenza della Corte di Appello di Torino (19 gennaio 1881, *Giur. T.*, 18, 244).

Il sig. Giambattista Balesio, direttore del giornale « *Il Corriere di Mondovì* », si era prestato a pubblicare una corrispondenza da Ceva, contenente una diffamazione a carico del notaio cav. Sacheri, dietro l'impegno preso dagli autori della corrispondenza stessa di assumere ogni responsabilità per le conseguenze che avrebbero potuto derivargli da tale pubblicazione. Ora avvenne infatti che il notaio cav. Sacheri si querelò, ed il Balesio, direttore del giornale, fu condannato a pagare per multa ed indennità la somma di L. 1303,20. Egli allora si rivolse giudiziariamente agli autori della corrispondenza, e ricordando l'impegno precedente, domandò il rifacimento delle somme sborsate. Quelli eccepirono la illiceità della causa. Nonostante la Corte ritenne l'obbligazione valida e condannò i convenuti al pagamento. In merito la sentenza si regge, perchè dopo già svolto il giudizio era stata diretta al Balesio dagli autori della corrispondenza una lettera con cui essi assumevano l'obbligo di indennizzarlo: era questa un'obbligazione nuova lecita che aveva per causa la riparazione del danno.

4) Da ciò segue che ove manchi nel contraente quest'obbligo che gli viene dalla legge o dalla coscienza non può parlarsi d'illiceità. Così è stato giustamente deciso che non può dirsi che abbia una causa illecita la prestazione pecuniaria promessa ad un condomino dissenziente da un altro dei partecipanti in compenso dell'adesione ottenutasi anche da lui alla progettata alienazione della cosa comune (App. Modena, 23 dicembre 1877; *Monit. Mil.*, XIX, 282). In questo caso si tratta d'interessi, ed ognuno è libero di sacrificarli o commerciarli come gli piace.

²⁾ Vedi KOHLER (*Archiv für bürg. Recht.*, V, S. 201). La corruzione elettorale si manifesta anche sotto forma indiretta, quando il candidato regala i suoi elettori, dando loro della birra, ecc.: tutto ciò che serve a questo scopo è giuridicamente nullo, e l'oste che a conoscenza di questo ha fornito la birra, non ha azione, se il candidato caduto non lo paga ». Il Trib. di Casale con sua sentenza 29 novembre 1898 (*Legge*, 1899, I, 234) ebbe occasione anche di pronunziare che l'oste non aveva azione per ripetere l'importo del vino e del cibo somministrato agli elettori per incarico del candidato. Vedi in questa sentenza un'interessante nota critica del prof. RATTO.

testo unico 10 febbraio 1889, in cui è detto: « chiunque per ottenere a proprio od altrui vantaggio il voto elettorale o l'astensione, offre, promette o somministra denaro, valori, impieghi pubblici o privati, o qualunque altra utilità ad uno o più elettori, o per accordo con essi, ad altre persone, è punito con la detenzione estensibile a sei mesi e con multa estensibile a lire mille. L'elettore che per dare o negare il voto elettorale o per astenersi dal votare, ha accettato le offerte o promesse o ha ricevuto denaro od altra utilità è punito con la pena medesima. *Sono considerati mezzi di corruzione* anche le indennità pecuniarie date all'elettore per spese di viaggio, di soggiorno, o il pagamento di cibi e bevande ad elettori, o di remunerazione sotto pretesto di spese o servizi elettorali.... ».

Sono anche illeciti i contratti conchiusi fra candidato e grandi elettori o con agenti elettorali, con cui si promette qualche vantaggio per la riuscita dell'elezione.

È anche invalido il contratto fra due parti politiche, per cui l'una ritira la propria candidatura dietro il pagamento di una somma ¹⁾.

Credo inoltre che sia immorale il contratto con cui alcuno si obblighi di tessere elogi e far della *réclame* ad un candidato in tempo di elezioni. Trovo però nella nostra giurisprudenza una decisione della Corte di appello di Casale in senso contrario: « verso il candidato in elezioni amministrative ha azione l'agente elettorale non soltanto per essere rimborsato delle spese da lui incontrate in stampa di schede, manifesti e giornali, *ma altresì per ottenere il pagamento a titolo di onorari dell'opera prestata in redazione di articoli e manifesti di propaganda elettorale ed in pronunzia di discorsi d'occasione* » (!)²).

¹⁾ KOHLER, op. cit., S. 190.

²⁾ Sentenza 29 settembre 1896 (*Legge*, 1897, I, 162). La Corte considerò che coi costumi attuali non solo del nostro paese, ma di tutte le nazioni che si reggono a sistema parlamentare, nelle quali si ammette la propaganda elettorale con manifesti, discorsi ed articoli di giornale, quando tale propaganda si mantenga nei limiti dell'onestà, per illuminare cioè il pubblico sulle doti, attitudini, virtù e benemerienze del candidato, l'intervento del terzo per favorire ed ottenere la sua elezione non può essere illecito.

Ma, domando io: quale garanzia si ha che la *réclame* interessata del terzo sia onesta, e che le laudi e gli elogi ch'egli profonde a piene mani e con frasi rimbombanti all'indirizzo del candidato siano proprio sincere e dirette ad illuminare il pubblico e non invece uno dei tanti volgari mezzi per fare riuscire a tutti i costi l'elezione?

Un'altra forma d'immoralità è quella per cui alcuno mette il proprio pensiero al soldo del miglior offerente. Esempi di questa prostituzione dell'intelligenza s'incontrano nel campo del giornalismo, che invece di rappresentare l'organo potente dell'opinione pubblica, sincera, spassionata, illuminata, oggi per la maggior parte è caduto sì in basso, da esser ridotto al partavoce di singoli individui o singole consorzierie.

Ma lascio in questo tema la parola al Lotmar ¹⁾:

« Un importante esempio di contratto immorale che di rado viene a conoscenza del pubblico, perchè la segretezza è una condizione della sua pratica efficacia, è il contratto concluso con giornalisti od editori di periodici o *bureaux* d'informazioni telegrafiche, ecc., per cui queste persone devono obbligarsi ad un'immorale violazione dei loro doveri di pubblicisti. Non importa del resto il modo di ricompensa di questo mercato, se per pagamento di danaro o compera d'azioni o procuramento d'abbonati. È anche civilmente indifferente se la conclusione del contratto parta dal corruttore od è sollecitata da chi riceve la ricompensa. Ne è di rilievo, se è comperato il silenzio rispetto a dei fatti che dovrebbero esser richiamati o biasimati, come un cattivo indirizzo politico, delle condizioni sociali calamitose, come gli effetti di un banco di giuoco, oppure si ottiene a prezzo una critica riconosciuta senza convinzione, come l'encomio di opere d'arti o fabbricati o imprese finanziarie o sistemi politici cattivi. Nè importa infine se il corrotto stesso compila l'articolo che deve pubblicarsi o lo riceve bell'e fatto dall'interessato, consentendone la pubblicazione nel suo giornale ».

Esempi di questa corruzione si hanno nelle sovvenzioni ai giornali ministeriali con i fondi segreti ²⁾.

¹⁾ Op. cit., S. 71. V. WUTKE, *Die deutschen Zeitschriften und die Entstehung der öffentlichen Meinung* e HOLTZENDORF, *Wesen und Wert der öffent. Meinung* (citati in LOTMAR, nota 214).

²⁾ Un esempio recentissimo che ha destato molto rumore nel campo giornalistico è quello che diede luogo alla sentenza del Tribunale di Roma 30 gennaio 1901 (*Giur. ital.*, 1901, I, 2, 438).

Il Cav. Umberto Silvagni, direttore dell'*Opinione*, conveniva il 21 novembre 1900 S. E. il Cav. Giuseppe Saracco, assumendo di aver stipulato col medesimo un contratto nel quale il Ministro si obbligava di concorrere alla pubblicazione del giornale da lui diretto con una somma mensile di lire duemila, a patto che il Silvagni non avesse fatto oggetto di censura due eminenti uomini politici. Affermava che il Saracco era venuto meno ai suoi impegni e perciò chiedeva la ri-

Appartiene poi alla corruzione parlamentare il contratto per cui un deputato si lascia promettere delle somme o addirittura stipendiare per agitarsi in favore di certi interessi, così fare approvare una qualche legge speciale o un esonero d'imposta in pro di alcune regioni o di alcune classi di commercianti o industriali che a questo scopo l'hanno pagato. Il Kohler ¹⁾ dice: L'ordinamento giuridico non può prestare aiuto ed approvare tutti quei mezzi che hanno per scopo di esercitare un'influenza ed una suggestione negli altri membri parlamentari e che vogliono raggiungere il risultato o con la sorpresa dell'altrui buona fede o con lo sfruttamento dell'altrui debolezza.

Il contratto assume poi un carattere decisamente più riprovevole quando la promessa di ricompensa è condizionata al successo dell'approvazione della legge, poichè allora è contenuto uno stimolo ed un'attrattiva a tutti i mezzi fraudolenti, per ottenere la riuscita ²⁾.

È stata anche giudicata illecita la convenzione intervenuta con un impresario, per organizzare la *claque* in teatro, ed imporre con applausi prezzolati un artista od un dramma cattivo ³⁾. I *claqueurs*

soluzione del contratto per inadempimento e la condanna ai danni ed alle spese. Il Tribunale ritenne la illiceità e nullità del preteso contratto per la doppia considerazione che o l'attore riteneva che quelle personalità politiche che si volevano salve dagli attacchi giornalistici non erano meritevoli di censura, ed allora era indegno procurarsi un vantaggio per l'adempimento di un dovere, od invece riteneva il contrario ed allora il contratto era manifestamente immorale. La sentenza ha delle belle parole sulla missione del giornalismo che dovrebbe essere un nobile apostolato, e noi ci permettiamo di riportarle: « Organo di quella potente voce che chiamasi pubblica opinione, di cui rende nella loro esatta e giusta espressione i sentimenti, le tendenze, gli affetti, lungi dal piaggiare servilmente le masse popolari nel facile aberrare delle loro passioni, si solleva ad esserne l'educatore ed il correttore, depurando i costumi, rafforzando le nobili credenze, fortificando nei cuori il sentimento del bello e dell'onesto ed additando nei singoli casi la via della rettitudine e della giustizia. Quindi è che il giornalismo deve bandire ogni malvagio proposito e qualunque sfogo d'inimicizia o altre men lecite passioni, ma soltanto servire il vero ed il giusto nel modo che si riflette nella sua intemerata coscienza, discutendo ed anche criticando, quando ne sia il caso e colla debita misura, i detti e le gesta di coloro che col fatto di essersi dati a vita pubblica si sono sottoposti al sindacato dei loro concittadini, specialmente quando nel nome di essi, più che la singola persona si concreta tutto un partito o una corrente d'idee ».

¹⁾ Op. cit., S. 190-191.

²⁾ La illiceità di tali contratti è riconosciuta dai Tribunali americani. Cfr. MYER, *Federal decisions*, VIII, § 556.

³⁾ DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, I, n. 334. Cfr. Ap. Paris, 3 juin 1839 dove l'inefficacia del contratto è ben motivata: « Ritenuto che un tale contratto è essen-

vendono la loro approvazione cercando d'influire grossolanamente sul pubblico ¹⁾. Esempi non rari di *claque* possonsi trovare anche nelle riunioni di una conferenza, di un'accademia, di un pubblico esame.

74. Dopo la corruzione è da ricordarsi come prestazione immorale l'impiego della propria opera in maneggi ed intrighi che concipiremo con la formola di *manovre di sollicitazione*. Così, uno mette a disposizione la sua conoscenza ed amicizia col giudice per fare conquistare le buone grazie di un litigante, un altro si arrabatta con imbrogli a procurare un impiego ad una persona od a farle ottenere un posto governativo ²⁾, un terzo mette a prezzo il suo credito od il nome che ha in una Banca od in un Ministero per fare ottenere uno sconto o fare avere una promozione ad un impiegato ³⁾.

Si tratta insomma di quell'*affarismo* che come una mala pianta s'inerpica e s'insinua in tutte le amministrazioni.

Il Dalloz ⁴⁾ riferisce un caso della giurisprudenza francese, in cui una giovane per ottenere un posto in una ricevitoria di lotto aveva

zialmente basato sulla menzogna e sulla corruzione, e che ha per oggetto d'ingaggiare degli agenti che si sottomettano per denaro a delle manifestazioni e manovre per assicurare il successo delle opere teatrali, e che quindi questo contratto derogherebbe ai buoni costumi. Ritenuto che inoltre queste convenzioni sarebbero contrarie all'ordine pubblico, infatti le manifestazioni menzognere e comprate anticipatamente turbano lo spettacolo e distruggono violentemente la libertà d'esame del pubblico che paga . . . ».

¹⁾ KOHLER, op. cit., S. 193: « L'approvazione deve essere la spontanea manifestazione del godimento estetico ed anche della benevolenza personale, non do una ginnastica pagata o che si lascia pagare ».

²⁾ La Corte di Colmar (25 giugno 1834) considerò: Che ammettendosi il prezzi delle sollicitazioni e dell'impiego del credito per ottenere la nomina ai posti, si stabilisce un nuovo genere di venalità più disastroso ed immorale: i capi del governo saranno assediati dalle ossessioni e dalle decepzioni della cupidigia e dell'intrigo, essi non potranno ottenere più delle informazioni vere, il monopolio delle funzioni sarà in mano di uomini d'affari ed intriganti; il merito sarà scartato e gli intraprendenti occuperanno i posti, rivalendosi poi con un turpe sfruttamento dell'ufficio, delle spese fatte (DALLOZ, *Rép.*, v. « *Obligation* », n. 643).

³⁾ È stata ritenuta illecita la convenzione per cui una persona s'impegna verso un fabbricante di usare della sua influenza presso un'amministrazione pubblica, per procurargli delle commissioni da parte dell'amministrazione (Paris, 19 avril 1858, *Journ. du Pal.*, 1858, 216).

⁴⁾ Sentenza citata della Corte di Colmar.

impegnato l'influenza di una signora, promettendo di pagarle una rendita vitalizia.

Mercè l'alta protezione di questa sollecitatrice, il posto fu ottenuto, ma in seguito essendo diminuiti gli introiti del banco e volendo la giovane ridurre anche la rendita pattuita, nacque contestazione, e venuta in giudizio la causa, la promessa fu ritenuta immorale.

Fo notare che l'immoralità del patto si ha soltanto allora che si esercita *un'influenza illegittima, una sollecitazione d'intrigo*; non quando uno si limita a prestare i *suoi buoni uffici*, a fare delle *raccomandazioni spassionate* corrispondenti ai meriti ed alle qualità del raccomandato ¹⁾. Veggo che la distinzione è sottile e difficilmente potrebbe cogliersi in tutti i casi, ma ad ogni modo esiste. E per metterla in luce riporterò un giudicato della patria giurisprudenza, analogo al precedente, ed in cui una obbligazione simile fu ritenuta lecita.

Un certo Ratti aveva promesso di rinunciare all'agenzia della Società italiana di mutuo soccorso contro i danni della grandine, impegnandosi di praticare tutti gli opportuni incumbenti presso la direzione ed amministrazione della Società per far trasferire il brevetto d'agente ai sigg. Rigo e Sedino, i quali si obbligarono alla lor volta di pagargli annualmente il 23 per cento sui prodotti dell'agenzia. La Corte di appello di Torino, chiamata a pronunziarsi sulla validità di tale convenzione, dopo aver considerato non trattarsi qui di un mercato su un pubblico ufficio e che quindi non si aveva una convenzione contraria all'ordine pubblico, alla eccezione d'immoralità della causa, rispose: nè si presenta fondata l'eccezione di causa illecita, perchè nel fatto di chi rassegna le proprie dimissioni dall'impiego, e promette i *suoi buoni uffici* perchè sia altri impiegato, *nulla vi si riscontra di riprovevole* ²⁾.

Inoltre è lecito il mandato con cui s'incarica alcuno per il disbrigo di un affare presso una pubblica amministrazione in quanto

¹⁾ App. Roma 27 luglio 1885 (*Tem. rom.*, 1885, 544). Quando i titoli del raccomandato indipendentemente da ogni raccomandazione furono bastanti a fargli conseguire l'intento, non resta al raccomandante che il merito della buona intenzione. Nel caso che la raccomandazione *abbia avuto influenza* nel far conseguire al raccomandato l'intento voluto, ogni promessa di ricompensa rimane senza giuridico effetto, essendo tali promesse riprovate dalla legge.

²⁾ Sentenza 11 marzo 1870 (*Ann.*, IV, 2, 73).

il mandatario si limiti a far valere le ragioni del mandante ed a sollecitare personalmente le pratiche che lo riguardano ¹⁾.

Nel genere affarismo, dobbiamo ricordare un riparto speciale: la vendita delle onorificenze. Tanti e tanti che bramano un titolo di cavaliere o di commendatore o qualche croce cavalleresca non hanno che da intendersi con degli specialisti della materia: essi son capaci di dissotterrare per loro anche un titolo nobiliare: questione di prezzo.

Tali patti sono illeciti ²⁾.

75. Invece dalla giurisprudenza francese ed italiana è stata riconosciuta validità a tutti quei contratti con cui alcuno promette mercè un premio di rivelare una successione ignota all'erede e di fare tutte le pratiche opportune, anche in via giudiziaria, per il conseguimento della medesima.

Il Thiroux in una sua pregevole monografia inserita nella *Revue pratique* ³⁾, dice: « Lo sviluppo della civiltà fa sovente nascere delle industrie strane, che le circostanze elaborano a poco a poco e che d'un tratto si rivelano al pubblico stupito, prima ancora ch'esso abbia avuto il pensiero d'indovinarne la possibilità e di sopporne l'esistenza. Tale è l'industria misteriosa ed ancora sconosciuta dei cercatori di successione . . . ».

Una tale industria invero nulla presenta di riprovevole, poichè essa consiste nel ricercare le successioni che si aprono senza parenti prossimi conosciuti, e nel rintracciare gli eredi a cui queste appartengono. È tutto un lavoro d'informazioni pazientemente seguite che richiede attitudini non comuni d'ingegno e forti spese. Non v'è niente d'immorale perciò che il cercatore di successione stipuli poi dall'erede che ha ritrovato, un premio che rappresenta la ricompensa di tutte le sue fatiche forse durate con esito incerto per parecchi anni.

D'altra parte l'erede, che mercè la rivelazione viene a conseguire un beneficio, che altrimenti avrebbe perduto, ha una causa lecita d'obbligarsi verso il rivelatore.

È così che la Cass. di Torino ha deciso che non è contrario alla legge nè al buon costume nè all'ordine pubblico, il contratto col

¹⁾ C. Napoli, 16 luglio 1868 (Vedi CONTUZZI, *Il contratto di mandato* in *Filangieri*, 1893, I, 161).

²⁾ Tr. della Senna, 15 novembre 1887 (*Journ. du dr. intern. privé*, XV, 386).

³⁾ THIROUX, *Des chercheurs de successions* (*Rev. prat.*, XXIII).

quale alcuno stipula con altri un corrispettivo della rivelazione che egli fa di un legato vistoso a questi devoluto sopra una successione aperta in un luogo lontano, la cui notizia non avrebbe potuto facilmente pervenirgli senza quella rivelazione ¹⁾.

Dove il contratto è stato attaccato, è nell'elemento subbiettivo, ed il Groualle, citato dal Demolombe ²⁾, ha fatto osservare la diversa condizione in cui si trovano l'agente d'affari ed il contraente. L'uno con tutta la sua esperienza ed astuzia che fa brillare davanti agli occhi dell'erede, obbligato a prestar fede alle sue parole, un segreto di cui non mancherà d'esagerare l'importanza, l'altro, ignorante, senza esperienza, posto nell'alternativa o di sottomettersi alle condizioni imposte o di perdere una fortuna che gli spetta secondo legge, ma che non può avere senza il beneplacito dell'agente che lo tiene sotto il suo dominio. Da qui le promesse esorbitanti ch'egli è costretto ad accettare, e che secondo il Groualle dovrebbero essere sottoposte ad una *revisione discrezionaria* dell'autorità. Ma giustamente Demolombe osserva che un tale potere non è attribuito ai magistrati; e che se il contratto è viziato nel lato subbiettivo, soccorrono gli ordinari mezzi di annullamento.

76. È illecito ogni contratto per cui uno si obbliga di arrecare deliberatamente un nocimento in qualsiasi modo ad altra persona. Così sarebbe immorale l'obbligo di vessare uno in giudizio con liti continue. Anche nel diritto romano era riguardato come *turpis* il negozio per cui uno riceveva o si faceva promettere una somma di denaro per intentare maliziosamente una lite: « *ut calumniae causa negotium faceret* » (fr. 1 D. 2, 6).

« *Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem, turpiter enim fecit, sed ei dabitur petitio, propter quam datum est, ut calumnia ei fiat* » (3 § 3 D. *eod.*).

La giurisprudenza ci fornisce altri esempi di negozi immorali di questa specie: così è stata dichiarata nulla per illiceità della causa l'obbligazione contratta allo scopo di sottrarre i beni del debitore alla esecuzione dei creditori, ed è stato ritenuto che l'avvocato che a tal fine ha dato consigli e prestato l'opera propria non ha diritto

¹⁾ Sentenza 9 maggio 1882 (*Ann.*, 1882, I, 447). Vedi la precedente sentenza della Corte d'app. di Torino, 29 dicembre 1880 (*Giur. Tor.*, XVIII, 135) e per la giurisprudenza francese Cass. 9 maggio 1866 (*Dev.*, 1866, I, 273).

²⁾ *Traité des contrats*, I, n. 335 *ter.*

verso il cliente a compenso di sorta ¹⁾, che è immorale ogni contratto stipulato a scopo di frode ²⁾, che è nullo per causa illecita l'accordo col quale taluno per indurre il proprietario di una nave a farne una vendita simulata onde scioglierla dall'assicurazione contratta con una Compagnia per iscriverla ad altra Compagnia, gli promette di tenerlo indenne delle conseguenze a cui si troverebbe esposto, qualora venisse dichiarata la simulazione della vendita ³⁾, ecc.

77. Veniamo ora ai contratti che urtano alla morale sessuale, e prima di tutto ai contratti relativi alla prostituzione.

Il contratto tipico è quello di *meretricio*, che si svolge tra prostituta ed avventore e che ha per oggetto la concessione più degradante per una donna, qual'è la vendita della propria carne al primo venuto. La turpitudine dei rapporti che nascono da un tale contratto non ha fatto dubitare mai della nullità giuridica di esso: onde su questo punto può dirsi accordo generale degli scrittori. Pure debbo ricordare per debito di storia, che anticamente Didaco Covarruvius sostenne l'opinione che la meretrice essendo padrona del proprio corpo potesse anche disporre a scopo di libidine, e che in ciò non vi era nulla a ridire: ma questa teoria non fu seguita da alcuno. Adunque la meretrice non potrà pretendere in giudizio il prezzo stipulato per i suoi favori, neanche nei paesi là dove la prostituzione è oggetto d'una concessione speciale e le case di meretricio sono sotto la sorveglianza diretta della polizia ⁴⁾. Il Kohler ⁵⁾ aggiunge che in questi casi, oltre la protezione civile, è negata a lei anche la protezione penale, e se alcuno inganna una prostituta sul compenso pagato, dando invece di denaro degli oggetti senza valore sebbene apparentemente di pregio, essa non può lamentarsi d'aver sofferto una frode, perchè manca in lei un danno patrimoniale.

Ma il Kohler va troppo oltre per questa via e giunge a risultati che non mi sembrano esatti.

Egli configura un'ipotesi più complicata.

Una meretrice cede le sue pretese contro uno, ad un terzo che le acquista in denaro contante. Per assicurarlo della realtà di que-

¹⁾ Tr. Milano, 4 febbraio 1892 (*For. It., Rép.*, 1892, *Contratto*, n. 17 e 18).

²⁾ C. Torino, 9 maggio 1880 (*Monit. Trib.*, 1881, 537).

³⁾ C. Torino, 28 febbraio 1883 (*Foro, Rép.*, 1883, v. *Obbligazione*, n. 22).

⁴⁾ MYER, *Federal Decisions*, VIII, § 642.

⁵⁾ *Archiv für bürg. Recht*, V, S. 197.

sto credito, essa consegna a lui dei supposti pegni del relativo debitore, pegni i quali sembrano pregiati, ma che in realtà sono senza valore. Il terzo consente alla cessione ingannato dall'apparenza dell'artificiale garanzia della cosa ceduta. In questo caso, dice il Kohler, non vi è neanche azione penale: e riferisce in proposito un giudizio del 27 aprile 1889 (*Entsch. in Strafsachen*, XIX, 186). Ecco le ragioni motivate nella sentenza: « Perchè queste circostanze della promessa di denaro della meretrice, del pegno di oggetti per questo debito, non sono altro che manifestazioni d'una vita immorale e perciò aborrita dal dritto. Che queste relazioni anche se formano un'aspettativa di denaro per alcuno, restano tuttavia immorali ed il dritto non può considerarle come oggetti commerciabili. Che chi per tali cose paga il suo denaro è dal dritto trattato come colui che intenzionatamente paga il suo denaro per niente ».

Ora a me sembra che queste ragioni non siano convincenti. Perchè se è vero che il dritto da una parte non può proteggere l'azione civile, la giustizia punitiva dall'altra non deve però assolutamente preoccuparsi della moralità od immoralità delle relazioni giuridiche che hanno dato luogo al reato. Il dritto punitivo deve cogliere obiettivamente e senza preconcetti la violazione penale, senza dare importanza all'ambiente più o meno fosco in cui questa si svolge.

Ora nel nostro caso abbiamo un individuo il quale, sia pure per un debito civilmente nullo, paga un denaro: vuol dire che egli affronta il rischio di veder dichiarato inesistente il credito e vedersi costretto a restituire la garanzia.

Ma ciò non esclude ch'egli ha contrattato soltanto in vista del pegno, artificiosamente di pregio, senza di cui non avrebbe consentito a divenire cessionario. Egli non paga spontaneamente per niente, ma vi è indotto dalla falsa garanzia che questo niente accompagna. Ha ricevuto un anello d'oro con brillante, invece scopre che si tratta d'un miserabile cerchietto d'ottone con brillante chimico: egli dunque è stato vittima di un inganno. E perchè allora non può reclamare penalmente una riparazione di questo torto e rivolgersi ai tribunali, non già per chiedere la restituzione del prezzo di cessione, ma per invocare dalla giustizia una pena contro colui o colei che gli carpì una somma con raggiri fraudolenti? Che importa che il credito era morale od immorale, se il pegno era valido o nullo? Quel che bisogna accertare è una cosa sola: esiste o non esiste un inganno con una conseguente perdita di patrimonio? Se esiste, la pena è gravata.

78. Dove più i dubbi e le controversie si accendono è intorno alla validità del contratto che si stabilisce fra il tenitore dei postriboli e le prostitute. In questo caso alcuni sostengono che si tratti d'un negozio lecito.

Ma io credo quest'opinione infondata.

Il Ratto scrive ¹⁾: « La immoralità della vita di queste disgraziate non induce nullità del contratto di lavoro ch'esse concludono col tenente postribolo, perchè non si può arguire dalla immoralità dello scopo la immoralità della causa contrattuale. Si possono definire e classificare le meretrici come *operaie* che prestano servizio nei postriboli..... Quando l'industria dei postriboli era da noi regolamentata, il regolamento era una vera *lex contracti*, perchè fissava le tariffe, i diritti ed i doveri delle parti. Ora questa *industria* non è più regolata, ma non v'ha dubbio che le meretrici possano impugnare di nullità le clausole vessatorie e sfruttatorie imposte loro dal padrone, senza che perciò debba esser dichiarato nullo l'intero contratto. Il contratto in sè è lecito, sebbene abbia uno *scopo* immorale, perchè non è immorale la causa dell'obbligazione ».

Veramente, il chiamare le prostitute delle disgraziate *lavoratrici*, la prostituzione, che fanno del loro corpo un *lavoro*, mi sembra una espressione assai ardita, giacchè all'idea di lavoro va congiunta intimamente l'idea di uno sforzo onesto, di un impiego della propria attività a scopo di *produzione*. Il lavoro è nobile per essenza sua, sia il lavoro dell'ingegno o il lavoro delle officine, o quello dei naviganti o quello delle miniere: ma il lavoro non si trova nei postriboli: ivi è corruzione, è fango. Del resto che cosa *producono* le prostitute, queste disgraziate *operaie*, come piace chiamarle al nostro autore?

Ma sia: non è questione di forma.

La liceità del contratto si vuol desumere per ciò ch'esso ha uno scopo immorale e non una causa immorale. Senonchè mi pare che qui si faccia un giuoco di parole, perchè, se non vado errato, la immoralità del negozio qui dipende non dalla causa, ma dall'oggetto stesso del contratto. Infatti che cosa è quel rapporto che si viene a formare tra meretrici e padrone di postribolo, se non una *locatio conductio operarum*, la quale avendo per oggetto delle prestazioni turpi, cioè la prostituzione delle donne, deve dirsi illecita, obbiettivamente illecita, non causalmente illecita? Lo sfruttamento del

¹⁾ *Le condizioni e clausole immorali nel contratto di lavoro (Legge, 1897, 2, 606).*

proprio corpo non è certo una *res* giuridicamente commerciabile e che può formare oggetto di un'obbligazione efficace. Si ricordi che anche per il dritto romano il liberto doveva prestare al patrono le opere *quae sine turpitudine praestare possunt*. E quindi « *nec si meretrix manumissa fuerit, easdem operas praestare debet* » (38 D. 38, 5). Del resto si rifletta un po' sulle conseguenze dell'opinione contraria. Ce lo figuriamo noi un tenitore di postriboli che perseguita per i tribunali una povera disgraziata, volendola costringere al suo triste lavoro, e che domanda per l'inadempienza il rifacimento dei danni? Chieder dei danni, perchè quella donna, forse per una favilla ancor non spenta dell'antico pudore o per la stanchezza e la nausea della vita seguita, abbandona il postribolo e si rifiuta all'infame patto, andando in cerca di una vita migliore?

Rilevo infine una terza inesattezza. È detto che quando la prostituzione era regolamentata, si aveva una *lex contracti* ufficialmente riconosciuta. Io non lo credo. Il regolamento della prostituzione era una semplice legge di polizia, una raccolta cioè di norme preventive e dispositive che potevan dar luogo solamente a delle contravvenzioni, ma che non potevano esser giudiziariamente eseguite. Nè la meretrice avrebbe potuto pretendere la mercede pattuita od il reparto degli utili dal suo padrone, sebbene ne fosse autorizzata da un apposito articolo del regolamento. Ma è meglio rispondere con le parole di un antico scrittore, lo Stryckius, il quale incisamente sentenza: *Tolerantia lupanarium non abstergit meretricibus turpitudinem* (Disp. XVII, § 25)¹.

Lo stesso Autore in altro luogo scrive²):

« La immoralità non può esser sollevata nè d'ufficio nè dalle parti, quando simile turpitudine è *abituale* nei loro contratti, poichè in tal caso essi non sono subbiettivamente immorali. La tutela giuridica della morale nei contratti *arriva solo fino al punto d'impedire che uno dei contraenti possa esser costretto a fare contro coscienza un atto immorale*; perciò non si può negare giustizia a cittadini che vivono una vita immorale e per l'esercizio del loro mestiere debbono di necessità stipulare contratti *reputati immorali dalla parte*

¹) Cfr. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts, Einführung*, S. 440, nota g: « Die polizeiliche Duldung oder Konzession ändert den Charakter des Bordells nicht », e KOHLER, op. cit., S. 195: « Aber die Stellung der Polizeibehörde und die Stellung des Rechts, soweit es Rechtsverhältnisse anzuerkennen oder nicht anzuerkennen hat, ist eine andere ».

²) *Legge*, 1898, I, 125.

sana della cittadinanza. Nè il legislatore, nè il magistrato possono farsi paladini della moralità e mettere al bando questi *disgraziati* che sono più o meno costretti ad esercitare mestieri ignobili, pei quali del resto pagano le imposte, *come tutti gli altri commercianti*, e le pagano appunto per avere dritto ai pubblici servizi, fra i quali la giustizia ».

Davvero che io non mi ci raccapezzo. Come, perchè la turpitudine è *abituale* nei contratti dei tenenti postribolo, *ergo* deve accordarsi efficacia ai medesimi? L'abitualità del vizio ragione giustificatrice della protezione legale?

Ma allora, analogamente potrebbe dirsi: Perchè è abituale nei ladri di dividersi le spoglie da loro rubate, e ciò facendo anzi vogliono eseguire un principio di giustizia distributiva, deleghiamo pure i notari ed i giudici per procedere a queste divisioni. Poichè è abituale nei lenoni di fare dei contratti di lenocinio, dichiariamo pure questi contratti efficaci. Poichè è abituale nei cavalieri d'industria fare dei contratti di ricatto, ammettiamoli pure ai tribunali a domandare le loro pretese.

Così laceriamo il codice, e buona notte. Ed è curiosa la ragione che se ne adduce: perchè questi contratti non sono subbiettivamente immorali.

E che importa che questi contratti siano o no subbiettivamente immorali per questi ceffi che li contraggono? Bisogna vedere se sono *obbiettivamente* immorali. È la moralità comune l'indice per giudicare della liceità o meno dei negozi, e non la moralità personale; ed è inesatto il sostenere, come fa questo scrittore, che la tutela giuridica dei contratti arriva ad impedire soltanto che uno possa esser costretto a fare un atto immorale contro la propria coscienza. No, contro la coscienza morale universale. E non c'è da distinguere tra parte sana e parte malata della cittadinanza. Il criterio è unico, obbiettivo, eguale per tutti. Di questo modo si arriverebbe a ritenere leciti tutti quei contratti che, secondo la coscienza depravata e degenerata di certi manigoldi, sembrano la cosa più naturale di questo mondo.

Mi piace poi la nota patetica. Poveretti costoro! Saranno messi al bando, si viene loro a negare giustizia! Eppure sono dei cittadini, sono dei commercianti come tutti gli altri! (Questo « *commercianti* » è un gioiello e fa da *pendant* alle prostitute *operaie*). Ma vivaddio, commercianti sì, ma commercianti di carne umana, e non c'è proprio bisogno di commuoversi e versar lacrime di cocodrillo sulla sorte di questi disgraziati (!) o meglio di questi sfruttatori del disonore e *soutenus* dei postriboli.

Ma lasciamo la rettorica. È proprio vero che i tenitori di case di tolleranza, onesti contribuenti dell'erario dello Stato, abbiano rifiutata giustizia? Ma nemmeno per sogno. Che si provino infatti un po' a fare dei contratti onesti, questi signori, e vedranno aprirsi a due battenti le porte dei tribunali. Ma finchè le loro relazioni saranno ignobili ed indegne è naturale che la legge ritorea il viso da simili brutture.

E veniamo all'argomento finale che è stato il vero ispiratore di questa opinione del Ratto, poichè ciò che precede gli è servito soltanto di preambolo.

Egli pone un sillogismo. Tutti i cittadini pagano imposte per aver diritto ai pubblici servizi. Gli affittatori di meretrici pagano per questa industria anche la loro brava imposta. Dunque essi han diritto ai pubblici servizi, e quindi anche alla giustizia. Ma il ragionamento non calza. Infatti, è vero, la finanza dello Stato non ha tanti scrupoli nell'attingere le imposte, essa colpisce la ricchezza là dove si trova, e non guarda alla sua origine. La necessità dell'erario non soffre certe tenerezze. Anche ai tempi di Caligola, quando la prima volta si gravò una tassa sui lupanari, Tacito rimproverò severamente questi *vectigalia nova atque inaudita*, ma non c'è che fare, di fronte ai bisogni dell'erario cessa ogni riguardo o sentimento delicato. Ed è perciò che anch'oggi è gravata sui postriboli una tassa di ricchezza mobile, la quale varia secondo l'estensione e la frequenza dell'esercizio.

Ma questa legge finanziaria è di nessunissima influenza sul carattere giuridico dei contratti che il tenente la casa di prostituzione stabilisce con le sue schiave. La illiceità non muta, nè per la tolleranza legale, nè per il gravamento di un'imposta. Come la tolleranza è una necessità dell'organizzazione sociale moderna, che, ad evitare mali maggiori, soffre la prostituzione, così l'imponibilità è un'esigenza del bilancio che intende colpire equanimente la ricchezza nazionale e mettere a contributo le rendite dei singoli cittadini, dovunque provengano. E poichè da un lato si è dovuto permettere che alcuni esercitassero questa industria, così si è domandato a costoro che prelevassero dai lucri anche un'aliquota a favore dell'erario. Ma questo, ripeto, non cangia natura all'illiceità dei negozi, di cui permane l'inesistenza giuridica. Del resto se il tenitore paga delle imposte, egli gode sempre un qualche servizio speciale inerente alla casa di prostituzione, come servigi di polizia, di pubblica sicurezza, d'igiene.

Un'ultima considerazione ci persuade finalmente a ritenere immorali questi contratti di cui sopra è parola.

Non può mettersi in dubbio che il traffico osceno del corpo umano sia un male per la società. Il posto naturale della donna è nella famiglia, essa è chiamata ad esser compagna dell'uomo, a stare al suo lato, temperandone, con i sentimenti squisiti e gentili, la durezza del carattere, sollevandolo nello sconforto e lenendone i dolori: la sua missione è la procreazione e l'educazione dei figli, la sua gioia, la pace domestica. Fuori di questo ambiente la donna è spostata, perde la sua aureola e la sua dignità. Nondimeno, in tutti i tempi c'è stata la sregolatezza dei costumi, ed or l'indolenza e l'abitudine dell'ozio, or l'inclinazione organica, e l'esempio contagioso e la corruzione ed il bisogno, hanno accresciuto sempre la falange di donne venali, le quali dimentiche della loro naturale pudicizia, si danno in braccio del primo venuto, ricevendo il prezzo della vergogna. Vi sono del resto infinite gradazioni nel genere, che vanno dalla semplice galanteria alla vita equivoca delle *demi-vierges*, fino all'abbiezione dei lupanari: ma il fondo comune è lo stesso. Abbiamo avuto anche la prostituzione religiosa in Oriente ed abbiamo tuttavia quella ospitale nei paesi del Nord, come si ebbe la prostituzione intellettuale in Grecia, ed in Roma ed ai tempi dell'Umanesimo ¹). La legge di fronte alla prostituzione ha seguito vari sistemi: ora ha proibito recisamente, ora è rimasta inerte lasciando libertà sconfinata, ora ha tollerato. Oggi è il sistema della tolleranza: il male è inevitabile, si soffre. Ma però deve tendersi tuttavia a restringere questo male, a localizzarlo, evitandone i mezzi di diffusione, a curarlo; bisogna che il pubblico disprezzo che avvolge le donne mercenarie, si esprima anche legislativamente in una tendenza restrittiva ed impeditiva della prostituzione.

Ciò che ha fatto il nostro legislatore, che, ispirandosi ai principii della morale, ha dichiarato l'inefficacia dei negozi *contra bonos mores*. E quello di cui trattiamo credo rientri appunto in questa categoria.

79. La cessione dell'esercizio di un postribolo, come l'associazione per l'*exploitation* dello stesso, è anche immorale ²). Però è

¹) Cfr. DUFOUR, *Histoire de la prostitution*; LÖNING, *Polizia dei costumi* (Bibl. Econ., S. 3.^a, XV, pag. 851).

²) Tr. di Pallanza, 1.^o ottobre 1870 (*Giur. Tor.*, VI, 220): « Le stipulazioni riguardanti gli stabilimenti di prostituzione (cessione dell'esercizio) sono turpi ed illecite ai sensi dell'art. 1119 cod. civ. ed inefficaci a dar azione giudiziaria ».

lecita la vendita di una casa momentaneamente adibita a postribolo, o la locazione per servire a quest' uso ¹⁾. Invece la giurisprudenza straniera, specialmente inglese e francese, ha con un rigore insensato dichiarato sovente la nullità di esse.

Ma è un'esagerazione. Infatti qual'è nei due casi l'oggetto di questi contratti? Nell'uno si dà la proprietà del fondo contro un prezzo, nell'altro si cede il godimento dell'immobile contro un fitto; in entrambi dunque prestazioni lecite. Qual'è poi la causa giuridica dell'obbligazione del compratore di pagare il prezzo e del conduttore di sborsare l'affitto? È l'obbligazione reciproca dell'alienante e del locante di spogliarsi della proprietà o del godimento della cosa sua. Dunque cause lecite. E perchè allora dichiarare la immoralità di questi negozi? Per un preconcetto, per volere cioè dare importanza a delle circostanze accessorie del negozio, che sono irrilevanti, quali la destinazione e l'uso della cosa o l'intenzione delle parti. Invece poco importa che l'immobile venduto serva oggi a postribolo, perchè questa momentanea destinazione non opera una squalificazione di esso o gli imprime un marchio permanente di immoralità. Il medesimo preconcetto ha fatto sentenziare a questi magistrati la illiceità dell'affitto di una stanza mobigliata ad una *demi-mondaine*, e l'inammissibilità della domanda di una prostituta contro la tenitrice della casa di tolleranza per riavere delle vesti e degli oggetti ivi lasciati, e la mancanza d'azione in un garzone di postribolo per reclamare il pagamento del suo salario ²⁾.

C. Torino, 25 agosto 1869 (*Legge*, IX, 1, 1098). « Non è consentita perchè contraria ai buoni costumi l'azione tendente ad obbligare una parte all'esecuzione di un contratto che abbia per causa ed oggetto l'esercizio di una casa di tolleranza. Perciò l'acquirente di essa non ha azione per ottenere il risarcimento dei pretesi danni, derivatigli dal fatto che all'epoca della cessione fosse già stata ordinata la chiusura più tardi eseguita dello stabilimento ceduto ». Per la nullità della vendita di un postribolo vedi una decisione del 27 marzo 1888 del Badische Oberlandesgericht in *Badische Annalen*, Bd. 54, S. 305.

¹⁾ ENDEMANN, *Lehrb. des bürg. Rechts. Einführung*, S. 440, nota g: Il contratto di vendita è invece valido, se solo la proprietà della casa e non la qualità di essa come bordello forma l'oggetto del contratto e nel prezzo non viene calcolato tale esercizio. KOHLER, *op. cit.*, S. 195: Con ciò non è detto che con tali contratti non si possono acquistare la proprietà ed il possesso: proprietà e possesso stanno su un terreno neutrale.

²⁾ Invece correttamente la Corte di App. di Torino (1.º febbraio 1870, *Giur. Tor.*, VII, 132) decideva: L' esercente di una casa di tolleranza che fece una convenzione d'abbonamento coll'appaltatore del dazio per la vendita del vino ed altre bevande anche a persone estranee allo stabilimento, non può esimersi dal pagamento del pattuito canone, sotto pretesto del turpe esercizio.

80. Dei contratti *contra bonos mores* e quindi giuridicamente non vincolabili sarebbero quelli per cui uno s'impegnasse a prestare la propria opera o la propria persona ad un oggetto turpe. Qui rientrano i contratti teatrali, per cui una donna od un individuo s'impegnano ad eseguire o rappresentare delle produzioni oscene, od a lavorare in azioni mimiche scurrili, od offrirsi al pubblico in pose plastiche indecenti.

Ma sono leciti i contratti per cui una ragazza s'impegni di entrare come ballerina in una compagnia, nonostante i pericoli che insidiano tale condizione ¹⁾. Poichè quando l'immoralità è occasionale, e non direttamente contenuta nel rapporto, non può avere influenza giuridica. Così pure sono validi i contratti di locazione di modelle negli studi di pittore o di scultore, anche nelle posizioni nude, essendo la moralità non offesa ai fini artistici per cui la posa è richiesta ²⁾.

Invece sono immorali i patti, per cui certe persone si prestano a delle immonde sconcezze, onde dar agio a ritrarne delle fotografie oscene, oppure per cui un artista si obblighi di compiere certe pitture o miniature lascive, od un poetante di scrivere versi licenziosi. Ed in generale tutti quei negozi, per cui uno promette di prestare o trovare qualche cosa o sistema, il quale costituisce un'agevolazione del vizio od una soddisfazione alle brutali concupiscenze del senso ³⁾.

81. Veniamo ai patti di concubinato. Distinguo tre specie:

a) Promesse o prestazioni per attaccare o mantenere relazioni amorose.

b) Promesse o prestazioni per sciogliere antiche relazioni amorose.

c) Promesse e donazioni postume a titolo di compenso.

La prima categoria di prestazioni od obbligazioni assunte per

¹⁾ VITA-LEVI, *Locazione d'opere e appalti*, I. n. 40; BARASSI, *Contratto di lavoro*, n. 74, p. 264.

²⁾ Cfr. LOTMAR, *op. cit.*, S. 69.

³⁾ Secondo le nostre leggi è negato il dritto di privativa alle invenzioni e scoperte contro la legge o la morale. Per il dritto tedesco vedi KOHLER, *Patentrecht*, S. 70. Una patente per una scoperta contraria alla legge od ai buoni costumi non è concessa, così un mezzo per la sterilità facoltativa. Così è anche nullo un dritto d'autore in un'opera immorale, nulla una marca la quale contiene un'immoralità od un attacco contro l'ordine pubblico, nulla un'insegna d'uno stabilimento immorale (bisca, postribolo).

connivenza concubinaria è sicuramente immorale ¹⁾. Di solito negli atti non s'indica sfacciatamente la natura del negozio, ma questa si vela sotto una forma larvata. Frequenti sono a questo riguardo le costituzioni di rendita vitalizia alla concubina, le obbligazioni contratte verso la medesima di provvedere a spese di vitto, vestiario, abitazione, ecc. È necessario però in questi casi, che la prestazione o promessa sia fatta originariamente allo scopo di indurre al concubinato, ma se questo accade occasionalmente e quasi per incidenza, dopo contratto il negozio, la prestazione o promessa è valida ²⁾.

Sono anche nulli i patti e le obbligazioni assunte verso una donna per tagliare una relazione amorosa, ma allora non si tratta d'immoralità assoluta, ma di un caso d'immoralità relativa. Ciò è la prestazione non è immorale per sè stessa, ma lo diventa per il compenso pecuniario che riceve. Infatti la donna sarebbe moralmente obbligata a non continuare nella colpevole relazione, invece vi persiste, e se ne ritrae soltanto a prezzo di denaro, vendendo ciò ch'era suo dovere di compiere spontaneamente.

La terza categoria di compensi e di obbligazioni assunte *donationis causa* verso le concubine è in ogni caso lecita. Infatti non è dato indagare il fine segreto che anima il disponente nelle sue liberalità, dalle quali non può sorgere mai un negozio causalmente immorale ³⁾. Nei contratti commutativi la causa illecita è riposta nell'obbligazione o prestazione turpe dell'altro contraente. Ma nelle donazioni la causa, a torto detta causa, è insita nell'elemento volitivo e subiettivo del donante. Egli vuole donare: questa intenzione di benevolenza basta a coprire l'efficacia della trasmissione ed a sorreggere il vincolo obbligatorio che egli assume per liberalità, e non può ricercarsi oltre un *animus donandi* illecito, senza sconfinare dai limiti naturali ed obbiettivi con cui può esser giudicata la immoralità di un ne-

¹⁾ C. Napoli, 29 maggio 1899 (*Legge*, 1899, II, 336). È viziata per causa turpe ed illecita l'obbligazione contratta come corrispettivo di un concubinato con donna maritata anche quando nel relativo contratto sia stata dalle parti allegata una causa onesta. C. Napoli, 24 maggio 1897 (*Legge*, 1897, II, 82). È causa illecita quella che si riscontra nel fatto di rilascio di cambiale fatto da un uomo coniugato per indurre una donna a riprendere le relazioni interrotte.

²⁾ App. Torino, 12 maggio 1896 (*Legge*, 1896, II, 485). Non può dirsi che l'assegno di una rendita ad una giovane in corrispettivo del servizio da prestare come persona di compagnia abbia causa turpe che importi nullità della promessa d'assegno, se non si prova che l'assegno fu veramente fatto in ricompensa d'illecito e disonesto servizio; non bastando che questo sia stato reso poi, durante la convivenza, mediante colpevoli accondiscendenze.

³⁾ Ma soltanto un negozio immorale per la condizione aggiunta.

gozio. La donazione, voglio dire lo spontaneo atto d'avvantaggiamento di un altro non può essere immorale, perchè allora si dovrebbe venire a ricercare l'immoralità dello scopo nelle convenzioni, e ciò è pernicioso e antiggiuridico. Del resto nelle disposizioni gratuite concorrono altri motivi determinanti dell'atto, e fra tutti campeggia la benevolenza verso il donatario: non importa come questa sia stata acquistata ¹⁾. In coerenza di tali idee giustamente Ulpiano risponde che non interessa che la donazione sia stata determinata da un'affezione onesta o disonesta e che sono valide anche le donazioni fatte alle meretrici. « *Affectionis gratia neque honestae neque inhonestae donationes sunt prohibitae: honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae erga meretrices* » (L. 5, D. 39, 5) ²⁾. Ciò del resto era una conseguenza del principio che il motivo della donazione non era giuridicamente importante e solo aveva influenza quando fosse incorporato al negozio per via di condizione.

« *Et generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse causa donandi fuit an conditio. Si causa fuit cessare repetitionem, si conditio, repeti... locum fore* » (L. 3 D. eod.).

Questi concetti giustificano come sia errata la corrente seguita nella giurisprudenza di ritenere talvolta la illiceità delle donazioni ³⁾

¹⁾ Nella giurisprudenza trovo un giudicato in questo senso: Trib. Castiglione delle Stiviere, 3 luglio 1888 (*Monit. M.*, XXX, 86): « Per la validità della donazione quantunque contratta sotto forma di remunerazione di servizi, non è indispensabile una causa lecita d'obbligarsi, bastando che non vi sia apposta una condizione contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume ». Vedi HUC, *Comm. théor. du Code civil*, VI, p. 63.

²⁾ Conformemente il BRUNEMANN (ad L. 4 § 3 *de cond. ob turp. caus. Comment. ad Pand.*) combattendo la teoria del COVARRUVIUS che sostiene potersi commodare il *corpus ad usum inhonestum*, distingue se la *turpilitudo* sia soltanto nella causa impulsiva del negozio *an vero sit in materia super qua contrahitur*, ed insegna aversi la nullità soltanto in questo caso e non nel primo. Ed infatti *etiam maritatae et adulteratae licet donare ob affectionem improbissimam*.

Nel diritto inglese è ritenuta anche valida la promessa di una donazione remuneratoria d'illeciti favori. Cfr. LEHR, *Éléments de droit civil anglais*, p. 530.

« Un impegno preso in considerazione d'un commercio illecito anteriore non ha in sè stesso un oggetto immorale, esso si considera come puramente gratuito ed è obbligatorio ».

³⁾ App. Milano, 21 dicembre 1885 (*Monit. M.*, 27, 102). L'attò col quale taluno siasi assunto di corrispondere ad una ragazza in corrispettivo dei *prestati* servizi e della *buona compagnia tenutagli* una pensione vitalizia ed una somma per una volta in caso di abbandono, è a ritenersi nullo e di nessun effetto, quando dagli atti della causa risulti indubbiamente accertato che la ragione vera della obbligazione sta nel concubinato, in cui la ragazza volontariamente è vissuta

e come inesatta la distinzione conciliativa che si è voluta tentare, di ritenere cioè i patti illeciti, se hanno carattere di una ricompensa al concubinato, leciti se hanno carattere d'indennità e riparazione all'onore offeso ¹⁾. Anzitutto io non so su che basi questa distinzione sottile, e come si faccia poi a distinguere in pratica, perchè altro è creare una formula, altro porla in attuazione; d'altra parte io non veggio come possa ammettersi che si lasci all'oscillazione delle circostanze di fatto ed all'arbitrario giudizio dei fini segreti ed intimi del donante il criterio per giudicare della validità o meno di una donazione ²⁾.

La stessa questione si è fatta in tema di liberalità *mortis causa*, e si è disputato se questa dovesse ritenersi illecita, quando sia ispirata, anche per espressa indicazione del testatore, da una causa turpe. Il Losana ed il Costa ³⁾ distinguono quando la disposizione

col donante. Non potrebbesi attribuire efficacia alla predetta elargizione, neppure considerandola sotto l'aspetto di risarcimento dei danni. Vedi pure App. Milano, 25 gennaio 1888 (*Monit. M.*, 29, 141).

¹⁾ C. Torino, 26 novembre 1889 (*Annali*, 1890, I, 72): L'obbligazione assunta dal seduttore quando rappresenta non una ricompensa al concubinato od una mercede alla concubina, ma un indennizzo alla donna sedotta, dopo cessato il concubinato, pel danno che le recò, ha una causa lecita e deve essere adempiuta. Cfr. C. Napoli, 26 luglio 1872 (*Gazz. dei Trib.*, XXV, 225); App. Torino, 1.º agosto 1872 (*Ann.*, VI, 2, 395); C. Torino, 23 giugno 1880 (*Foro it.*, 1881, I, 238). Si noti che la distinzione è applicata dalla giurisprudenza anche nel caso di non seduzione, ma di una tresca con una donna qualunque.

²⁾ Del resto questa distinzione non è che un mezzo per cui si giunge allo stesso risultato di riconoscere in tutti i casi la validità delle donazioni. Anzi la giurisprudenza tende ad emanciparsi da questi limiti, e s'avvicina all'idea da noi professata di riconoscere la liceità di ogni atto gratuito anche ispirato da un movente turpe. Cfr. App. Catanzaro, 23 maggio 1871 (*Foro Calabr.*, I, 151). Rilasciato un biglietto all'ordine in compenso d'illeciti amori, non può dirsi nullo per causa illecita. App. Firenze, 17 aprile 1892 (*Ann.*, 1892, 2, 293). La promessa fatta alla donna con la quale si ebbe una relazione amorosa, nell'atto che tale relazione venne a troncarsi, di pagarle una prestazione mensile in denaro, rappresentando non già il prezzo di una tresca da contrarre o continuare, ma una indennità per le conseguenze di una turpe relazione già terminata, è valida e giuridicamente efficace, anche quando l'uomo a cui la donna si diede, al seguito di lusinghe e promesse di futuro matrimonio sia coniugato. L'obbligazione è valida in qualunque modo sia stata contratta ed anche quando fu scritta in forma epistolare. C. Torino, 31 maggio 1898 (*Monit. Trib.*, 1898, 704). Una relazione avuta colla donna di servizio *non può ritenersi sia stata la vera e sola causa di una largizione a lei fatta*, laonde non se ne ammette la prova per dedurne senz'altro la causa turpe della largizione stessa.

³⁾ Il primo nel *Giorn. delle leggi*, 1876, pag. 67, il secondo nella *Rivista di scienze giur.*, X, pag. 31.

sia premio all'atto illecito, a cui ebbe parte l'onorato, oppure suoni riparazione d'un torto: così un legato fatto alla concubina in considerazione dei figli nati dai loro amori.

Invece più esattamente il Gandolfo ¹⁾ sostiene in ogni caso l'efficacia della disposizione *mortis causa*, poichè causa finale è sempre in un testamento la liberalità.

82. Prossenetico matrimoniale ²⁾. La prestazione di servigi allo scopo di far concludere un matrimonio può dar luogo ad un negozio efficace ?

Proxenetica iure licito petuntur (2 D. 50, 14). Secondo il Digesto poteva promettersi una senseria in ogni sorta di contratti onesti: *contractibus licitis* (L. 3, D. eod.) e ne nasceva un diritto di credito a favore del sensale. Però non si accenna specialmente al caso di negozianti di matrimonio, ma possiamo tuttavia indurre la liceità di esso, non trovando formulato un divieto in contrario. Invece nel Codice Giustiniano ³⁾ sono poste delle norme limitative e proibitive a questo riguardo. È sancito come regola che in mancanza di stipulazione espressa, il prossenetico *ne quidquam capiat*, ma *si pactum intercesserit* è dovuta una ricompensa non superiore ad un vigesimo della dote, quando questa non eccede le duecento libbre d'oro.

Il diritto intermedio accettò la teoria romana, riconoscendo come valida la mediazione matrimoniale ⁴⁾, anzi nel diritto statutario troviamo che l'ufficio del prossenetico è riguardato come un ufficio pubblico e circondato di speciali favori. Così lo Statuto di Treviso dà facoltà al Consiglio di nominare due persone idonee per trattare gli affari e con incarico speciale di combinare i matrimoni ⁵⁾:

« Considerato et attento... quod intersit reipublicae subditos augeri, et toto opere conservari. Ideo decernimus et sancimus, quod per curiam ancianorum communis Tervisii eligantur et deputentur duo idonei, et sufficientes sive Tervisii pro quolibet quarterio, et tale officium exercitaturi videlicet, quod quicumque voluerit... et in casu nuptiarum accipiendi uxorem, vel alicui aliquam dandi et copu-

¹⁾ *Giorn. leggi*, 1876, 73.

²⁾ Vedi la letteratura nella bibliografia generale.

³⁾ Const. 6 *Cod. de spons. et arrh.*, V, 1.

⁴⁾ CUIJACH, *Opera*, VII, c. 896; VOET, *Ad Pandect.*, XXIII, I, 1; ZOESIUS, *Comm. in Cod.*, tit. I, lib. V, *quaest.* 7.

⁵⁾ Queste notizie sono attinte ad un'interessante nota dell'avv. MILLELIRE-ALBINI inserita nel *Foro Italiano*, 1878, I, 1092.

landi in uxorem, possit et valeat cum praedictis sic electis tractare » (Stat. Tarvis., II, 4, 9).

Il Comune di Lucca ordinò poi che i sensali ricevessero dalla Cassa del Comune il premio di un fiorino d'oro per cento, sulle doti dei matrimoni conchiusi.

Veniamo ora al diritto moderno.

La quistione della validità del prossenetico è una delle quistioni più vivamente dibattute non solo in Italia ed in Francia, ma anche in Inghilterra e Germania.

Una forte corrente d'opinioni sostiene la illiceità della mediazione nei matrimoni. Si considera cioè che l'intromissione mercenaria di un terzo nel congiungimento d'un vincolo così puro e delicato, ed in cui deve soltanto influire l'impulso spontaneo dell'animo abbassa la nobiltà e santità del matrimonio. D'altra parte mercè le blandizie e lusinghe menzognere del sensale è possibile che si inganni la buona fede degli sposi reciprocamente, dando occasione a dei matrimoni male assortiti e a delle infelicità domestiche. Infine la stipulazione di un'aliquota sulla dote da parte del prosseneta e la condotta del marito di ricorrere a lui desta assai forte il sospetto che lo sposo non per affezione, ma per cupidigia dei beni della moglie ricorra a questo espediente per ottenere le nozze.

Il più valido sostenitore di quest'opinione rigorosa è stato il Kohler in Germania, in uno splendido articolo intitolato: *Gli ideali nel diritto* ¹⁾.

È utile riferire brevemente alcune sue osservazioni.

Le ragioni che caratterizzano dal punto di vista della nostra cultura la mediazione matrimoniale come riprovevole sono due:

I. Il mediatore tratta il matrimonio come un negozio, ed anche chi a lui ricorre si abitua a trattarlo così, mentre il matrimonio è secondo la nostra civiltà la più alta unione dei cuori e degli animi, la più profonda colleganza etica della vita. Trattando il matrimonio come un affare, non vengono più in considerazione i fattori spirituali di esso, ma soltanto elementi estranei, specialmente lo stato del patrimonio: il lato patrimoniale predomina, la sposa è tassata secondo la dote.

II. L'ideale del matrimonio presuppone ch'esso nasca per le personali relazioni dei due sposi, e che a conchiuderlo bastano i parenti, i quali trattano tutto con amore, con tenerezza e disin-

¹⁾ *Archiv für bürgerliches Recht*, V, 161.

teresse. L'ideale del matrimonio non soffre che un terzo vi s'immissi, animato dallo spirito del guadagno. Poichè se anche egli non adopererà inganni, esercita sempre delle influenze, delle attrattive, degli allettamenti, i quali operando sulla momentanea sfera dell'animo determinano la scelta. Ora è questo un contratto di *suggestione*, che il diritto non può tutelare ¹⁾.

Un'altra dottrina invece ritiene il prossenetico lecito.

L'opera del sensale, si dice, non è così trista come si dipinge. Egli procura le occasioni di fare avvicinare ed incontrare i futuri sposi, e quindi far sorgere naturalmente quella corrente di simpatia che deve stabilire fra loro l'affetto, egli s'incarica di ricercare le informazioni relative al carattere, all'educazione, alla vita passata, alle condizioni economiche dei singoli sposi e di controllarne l'esattezza, egli s'intromette per conciliare gli interessi, infine egli è al caso di indicare le convenienze, le relazioni con altre famiglie per procurare un ottimo collocamento, insomma si presta in tutti i modi ad agevolare la conclusione del matrimonio.

Ora che cosa vi è di riprovevole in tutto questo?

Così fu sostenuta la validità del prossenetico in una celebre allegazione, sottoscritta dai più valenti giuristi del foro di Parigi, in cui figuravano il Delangle, il Duvergier, il Devilleneuve, il Barrot.

Io credo che per risolvere correttamente il problema bisogna partire da un'osservazione.

Noi abbiamo visto già come la morale accolta e protetta dal diritto è non una morale ideale, mistica, sublime, ma la morale comune, la morale pratica e sentita da tutti. Ora la questione deve porsi in questi termini: l'intromissione matrimoniale urta il sentimento generale della coscienza pubblica, desta un senso di scandalo, appare agli occhi di tutti un qualche cosa di rivoltante, contro cui si ribella la coscienza dell'individuo? ²⁾. Io non so se alcuno abbia

¹⁾ Per la illiceità del prossenetico oltre la prevalente giurisprudenza in Francia, è il dritto inglese ed americano. Cfr. POLLOCK, *Principles of Contract*, pag. 323 e seg., e MYER, *Federal Decisions*, VIII, § 552. Vedi pure citato in KOHLER, TUDOR, *Selection of leading cases in equity wirth notes*, II, 208.

²⁾ La questione si trova formulata e risolta in modo preciso da un giudicato dell'Obertribunal di Stuttgart (29 Mai 1858, *Seuffert*, XIII, 14). « Certamente è da riconoscere che dal punto di vista dell'alta morale, nessun favore merita il fare oggetto di un acquisto patrimoniale la conclusione di un matrimonio ed il prestar tali servizi contro un prezzo. Soltanto questi riguardi non possono venire in considerazione per il commercio giuridico; piuttosto decidono qui le opinioni

il coraggio o voglia lusingarsi di sostenere questo. La mediazione matrimoniale è penetrata nei nostri costumi, talora è divenuta anche necessaria, e nella maggioranza dei cittadini non si vede in essa alcunchè di turpe e di biasimevole. Anzi posso notare, che il sentimento pubblico si sente più offeso dalla condotta indegna e sleale di colui, che prima si è abbassato senza scrupoli ad incaricare il sensale, e quando poi per suo mezzo ha raggiunto il matrimonio vagheggiato, circondandosi d'un pudibondo rossore tardivo, ricusa il compenso promesso, rifugiandosi all'ombra dell'illiceità della causa.

L'ufficio del prosseneta non sarà nobile, ma non è indegno di tutela giuridica.

Il semplice mandato di ricercare un matrimonio o di fare tutti i passi necessari e le pratiche opportune per la riuscita di esso è in sè lecito, avendo per oggetto delle prestazioni che non offendono in alcun modo la moralità. È troppo romantico il Kohler che, animato da un nobile idealismo, vuole riprovare tutto ciò che lontanamente oscura il lato ideale del matrimonio. Ma anche senza gli intermediari, nella vita purtroppo esistono i cacciatori di dote e quelli che del matrimonio vogliono fare una speculazione ed un mezzo per risolvere il problema della vita. Che c'entrano i prosseneti?

7 Contratto di suggestione! Ma bisogna intenderci su questa parola. Anche se il venditore loda la sua merce o il locatore magnifica il fondo locato, nessuno vorrà dichiarare la vendita o la locazione dolosa. Voglio ammettere che il prosseneta vanta le doti intellettuali e morali dei futuri sposi. Che perciò?

Se queste lodi corrispondono ai meriti dei nubendi, anche se peccano un qualche poco di esagerazione — senza degenerare in menzogne — vorrà dirsi la buonafede degli sposi tradita, il matrimonio conchiuso un inganno?

Il Laurent ¹⁾ aggiunge: il matrimonio è l'unione delle anime, è un mistero di cui Dio è l'autore, i matrimoni si formano in Cielo!

Noi disgraziati terreni non abbiamo la fortuna di assistere a questi matrimoni celesti: sarà forse la corruzione che è penetrata nei nostri costumi, nel nostro popolo, ma l'interprete modesto della

ed abitudini dominanti nel popolo. Che il sentimento popolare nell'intromissione di matrimonio contro la stipulazione di denaro non vegga niente d'indecoroso, insegna la quotidiana esperienza . . . ».

¹⁾ *Principes de dr. civ.*, XVI, 150.

coscienza popolare non può dare un giudizio diverso. Quindi in generale devono reputarsi validi i negozi conchiusi con singoli prosseneti o con Agenzie matrimoniali al fine di procurare un matrimonio, come anche i contratti relativi ad inserzione nelle gazzette di annunci matrimoniali.

Questo di regola. Ma può avvenire che i servigi prestati dal prosseneta, invece di essere leali ed onesti, siano turpi e fraudolenti, può avvenire che il sensale nell'esecuzione del mandato invece di comportarsi rettamente, animato dallo spirito di guadagno ricorra a mezzi riprovevoli, valendosi d'intrighi, menzogne, manovre dolose, per far concludere il matrimonio a tutti i costi. In questo caso la prestazione del sensale non essendo onesta, anche il prossenetico è illecito.

Ma come non può stabilirsi *a priori* o presumersi la slealtà e fraudolenza dell'opera prestata dal sensale, così dovrà esaminarsi caso per caso di che natura siano i servigi impiegati, e a tal uopo è sempre ammissibile la prova.

Una circostanza caratteristica che suole accompagnare i contratti di prossenetico illecito è la stipulazione di un premio subordinato alla condizione del successo e calcolato non in ragione dei servigi del prosseneta, ma in proporzione della ricchezza del matrimonio. In questo caso è probabile che l'agente dominato dall'avidità del guadagno tenterà tutti i mezzi leciti ed illeciti pur di riuscire al fine desiderato. Non è più l'intermediario che presta tranquillamente i suoi buoni uffici e riceve perciò solo una remunerazione, ma è il prosseneta che sa tutto di perdere se non riesce, e che non esiterà davanti a qualsiasi mezzo pur di combinare il partito. Spesse volte anche in questi casi l'onorario del sensale è misurato da un'aliquota sulla dote: questo accordo rivela sempre più e lascia sospettare che si è voluto fare un traffico del matrimonio e che si è di fronte ad un negozio immorale.

Infatti, che di più scandaloso di questo patto... *de quota dotis*, come lo chiama argutamente il Demolombe ? ¹⁾ ²⁾.

¹⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts, Einführung*, S. 441 nota h). « Contraddice ai nostri costumi che sia promesso un premio per chi s'intromette in un matrimonio? Ciò è da affermare se l'agente ha adoperato mezzi riprovevoli (artifici, menzogne, ecc.) ed il contratto di matrimonio tratta in modo indegno per spirito di guadagno. Del resto è dal nostro popolo, secondo le idee dei nostri tempi, non riconosciuto immorale che alcuno si lasci promettere un pagamento per procurare l'occasione alla conclusione di un matrimonio, quando ai contraenti è lasciata la piena libertà di risoluzione ».

83. Fin qui noi abbiamo esaminato quelle prestazioni che danno luogo ad un negozio *contra bonos mores* in senso assoluto, cioè quelle che sono illecite per sè stesse.

La illiceità può aversi sia che si tratti di un negozio puro o condizionato, come quando la prestazione turpe sia posta a condizione di un vantaggio pecuniario o dello schivamento di un danno. Ti dono mille, se ti prostituerai con me, o se otterrai con le tue raccomandazioni intriganti un impiego per Tizio.

Invece fu inserito dal *Reichstag* nel Codice germanico il § 656 che esclude l'azione del prosseneteta. La legge con ciò non ha fatto un'applicazione del § 138, per cui sono nulli gli atti che offendono i buoni costumi, ma ha voluto direttamente *modificare* lo stato dell'opinione pubblica e riformare i costumi. Era del resto la sua missione, esclama il SALEILLES (*De la déclaration de volonté*, p. 278) di farsi educatrice dell'opinione pubblica, opponendosi alla validità di certi atti, riconosciuti da quella, ma che essa reputi contrari ai fini della moralità sociale. Però la soluzione accolta dal Cod. Germ. ha un carattere transazionale, perchè non dichiara nulla la promessa di un onorario al sensale, ma la dichiara non obbligatoria. Cosicchè se il contratto è volontariamente eseguito dagli interessati, la ripetizione è esclusa. Per la dottrina tedesca, oltre il KOHLER citato, vedi RIESENFELD in *Grucho's Beiträgen*, Bd. 36, 817.

Anche nel diritto austriaco (§ 879, 1) è nullo il contratto per cui alcuno patuisse qualche cosa per la negoziazione di un matrimonio. Pure è ritenuto che si devono risarcire le spese impiegate dal prosseneteta per procurare il matrimonio (HASENÖHRL, *Oesterr. Obligationenr.*, I, S. 429 a) ed il WINIWARDER e STUBENRAUCH dichiarano anche lecito il compenso il quale è promesso per la precedente negoziazione, *dopo* conchiuso il matrimonio.

²⁾ In questo senso è la giurisprudenza prevalente:

C. Roma, 29 aprile 1878 (*Foro it.*, I, 1, 736). Non è illecita nè immorale la mediazione di matrimonio che non tende a vincolare la libertà di scelta delle persone. App. Napoli, 19 febbraio 1886 (*Ann.*, XX, 2, 479). È valida l'obbligazione contratta verso il prosseneteta di pagargli una determinata somma nel caso di riuscita del matrimonio, pel quale l'obbligato abbia chiesto la mediazione. Tr. Salerno, 28 febbraio 1888 (*Legge*, 28, 2, 491). Il prossenetico matrimoniale non costituisce di sua natura un'obbligazione nulla per causa illecita. C. Napoli, 9 novembre 1888 (*Foro it.*, 14, I, 312). « Non è nullo per causa illecita il mandato di far le pratiche per combinare un matrimonio nell'interesse del mandante con promessa di un determinato compenso per le fatiche e le spese sostenute dal mandatario. Vedi inoltre C. Napoli, 28 novembre 1890 (*Giur. it.*, 1891, II, 190). App. Napoli, 23 aprile 1894 (*Trib. giud.*, 1894, 298); App. Macerata, 14 ottobre 1897 (*Giur. it.*, 1898, 1, 2, 48) e finalmente Tr. Parma, 3 maggio 1900 (*Legge*, 1900, II, 378) che stabilisce come principio: Il contratto di prossenetico va giudicato alla stregua di ogni altro contratto e perciò deve ritenersi lecito e valido, salvo che il giudice non ravvisi nelle condizioni con cui fu conchiuso o nel modo con cui fu eseguito una ragione sufficiente per infirmarlo come contrario ai buoni costumi.

Convieni ora occuparci di quella seconda categoria di negozi, immorali in senso relativo, che potrebbero anche dirsi d'immoralità derivativa. Questa, abbiamo visto, risulta o dalla stipulazione di un vantaggio economico per una prestazione *che per la sua purezza non soffre d'esser messa in rapporto col guadagno o che è civilmente o moralmente obbligatoria nel promissario*, oppure dalla *soggezione ad un vincolo di un'azione od inazione giuridicamente o moralmente invincolabile*.

a) I negozi che diventano illeciti, perchè mirano a corrompere l'animo di una persona, inducendola coll'offerta di danaro a far mercato della propria coscienza, si riferiscono ordinariamente all'amor sessuale ed al culto religioso.

Io mi occuperò soltanto di quest'ultimi, avendo già nella parte generale accennato alle stipulazioni in ordine al matrimonio (97, § 2 D. de V. O. 45, 1).

Condizione di mutar religione. È questo forse il tema che è stato più oggetto di dispute dalla dottrina, in cui si sono moltiplicate le opinioni e sul quale anche oggi non regna accordo.

Una schiera d'autori ritengono questa condizione immorale ¹⁾, altri credono invece che sia lecita ²⁾, un terzo gruppo infine distingue se trattasi di lascito condizionato al mutamento di religione o soltanto disposto per il caso di mutamento di religione. È questa oggi la teoria dominante ³⁾.

Attorno a queste dottrine principali si intrecciano altre opinioni minori. Chi sostiene che è nulla la *c. mutandae religionis*, ma che è valida la condizione di perdurare nella religione professata ⁴⁾, altri che è lecita la disposizione che incita il legatario alla

¹⁾ SAVIGNY, *System*, III, § 123; MACKELDEY, *Lehrbuch*, § 179, n. 5; JÄGER (*Zeitschr. für Civilrecht*, Bd. III, Nr. 16); SELL, *Die Lehre der unmögl. Beding.*, § 31, S. 142-154; BARON, *Pandekten*, § 58; ZACHARIAE, AUBRY et RAU, VI, 3; REINAUD, *Des conditions impossibles, illicites, etc.*, pag. 156; LAROMBIÈRE, *Obligations*, II, pag. 45; LAURENT, XI, n. 445; HUC, *Comm. théor. du cod. civ.*, t. VI, n. 58; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, VI, 122; GIANTURCO, *Sistema*, pag. 186.

²⁾ THIBAUT, *System*, II, § 954; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch*, § 136, pos. 3; SEUFFERT, *Lehrbuch*, III, § 536, n. 4; VANGEROW, *Pandekten*, I, S. 158; WÄCHTER, *Pandekten*, § 96 n. 18.

³⁾ PUCHTA, *Vorlesungen*, § 60; WALTER, *System*, § 77; UNGER, *System des österr. Privatr.*, II, § 82, S. 86-87; SCHEURL, *Nebenbestimmungen bei Rechtsg.*, S. 292; RAVIT (*Archiv für civ. Prax.*, 58, S. 421); BEKKER, *Pandekten*, II, § 117; GIERKE, *Deuts. Privatr.*, I, § 54; REGELSBERGER, *Pandekten*, § 153, S. 565.

⁴⁾ EICHHORN, *Einleit. in das Deutsch. Privatr.*, § 79; RUNDE, *Deutsch. Privatr.*, § 637; HÖPFNER, *Ueber die Hein. Instit.*, § 490, Anm. 2.

conversione, quando si tratta di abbracciare la religione seguita nel paese in cui la conversione avviene, ma che è riprovata se si tratta di religione diversa ¹⁾, altri poi che la disposizione è valida quando il legatario nella sua coscienza sente già di dover mutare religione, ma che è nulla se il negozio condizionato vuole distoglierlo dai suoi proponimenti mercè l'offerta di denaro ²⁾, e così via.

Di fronte a questa molteplicità e varietà d'opinioni, che io non potrei svolgere e combattere separatamente, senza uscire da quei limiti che m'impone l'economia del lavoro, io mi contenterò di esporre soltanto la dottrina che credo esatta.

Il sentimento religioso è uno dei sentimenti più puri e nobili che l'uomo abbia: esso sgorga spontaneo e si svolge liberamente sotto l'ispirazione della coscienza. Il volere quindi influire sulla sincerità e spontaneità di esso, cercando di corromperlo coll'attrattiva del guadagno, è un tentativo che il diritto non può tutelare. L'individuo nei suoi sentimenti deve determinarsi non in vista del lucro, ma per la naturale e disinteressata voce dell'anima, e perciò deve reputarsi illecita quella disposizione che volesse indurre per la viltà di un prezzo a sconfessare le proprie convinzioni religiose.

Ora la *c. mutandae religionis* contiene in sè questo tentativo di corruzione, in quanto fa dipendere la manifestazione del senso religioso dall'acquisto di un vantaggio pecuniario, mettendo il gratificato nell'alternativa o di perdere la fortuna che gli si offre e che sta davanti ai suoi occhi come una lusinga ammaliatrice, o di abdicare alle proprie opinioni.

La legge non può consentire che si provochi questo conflitto tra la coscienza e le tentazioni del lucro, questo traffico osceno dei sentimenti religiosi per cui si cerca di spingere l'individuo a convertirsi per la potenza del denaro.

Perciò io ritengo sempre nulla la condizione di mutar religione o di non mutarla mai.

Nè può distinguersi il caso in cui il cangiamento di culto corrisponde alla coscienza del beneficiato o quando invece è in urto ai suoi principj religiosi. Perchè, come ha osservato acutamente il Sell ³⁾, si va incontro ad un dilemma. Se la condizione che vuole

¹⁾ SAINTESPÉS-LESCAT, sull'art. 900 cod. Nap., n. 137.

²⁾ Vedi DEMOLOMBE, 18, n. 261; TROPLONG, *Donat. et test.*, n. 255.

³⁾ SELL, op. cit., S. 147.

provocare un cangiamento dei sentimenti religiosi è contraria alla coscienza dell'onorato, allora nessun dubbio che la condizione volendo corrompere l'animo di lui è illecita, oltrechè contenendo una sfiducia sulla fermezza dei sentimenti religiosi del legatario costituisce un'offesa al suo onore.

Se poi la condizione giunge, quando il chiamato per sua intima convinzione è disposto alla conversione, allora, poichè egli ha l'obbligo morale di convertirsi, è *contra bonos mores* ricevere un prezzo per l'adempimento di un tale dovere.

Un analogo ragionamento può farsi per la *conditio de non mutanda religione*.

Insomma la purezza dei sentimenti religiosi non soffre di essere avvicinata all'idea del guadagno; da questo contratto si sviluppa una relazione immorale, come un'onda di sospetto e di repulsione per la venalità della coscienza.

La distinzione poi, tentata dal Puchta, dal Walter, e accettata oggi dalla dottrina dominante, di disposizione fatta per indurre a cangiar religione o per il caso di cangiamento di religione, sebbene teoricamente possa concepirsi, in pratica però riesce priva di alcun valore. Poichè o si suppone una disposizione vantaggiosa più o meno direttamente intesa a determinare il ricevente al mutamento religioso, ed allora siamo nel caso d'immoralità, o si vuole interpretare la circostanza ricordata dal disponente del mutamento di religione come un motivo della disposizione stessa, ed allora non siamo più nel caso della *c. mutandae religionis*, ma in quello d'una disposizione qualunque che, per quanto determinata da un fine turpe o non vero, resta tuttavia inattaccabile ¹⁾.

Il Fadda ²⁾, per giustificare come non possa *a priori* condannarsi la *conditio mutandae religionis*, riprendendo un argomento già svolto largamente in Germania, dice come la nostra legge non riprova senz'altro che un vantaggio patrimoniale sia connesso ad una determinata confessione religiosa, tanto che riconosce le fondazioni ed istituzioni di pubblica beneficenza destinate esclusivamente a beneficio dei professanti un culto determinato (legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, art. 78). Ora come la legge non trova alcun pericolo nelle fondazioni succennate, così non dob-

¹⁾ Che in dritto romano tale condizione dovesse considerarsi come immorale, può argomentarsi dalle L. 8 D. 28, 7 e L. 5 Cod. VI, 25.

²⁾ Traduzione annotata delle *Pandette* di WINDSCHEID, disp. 38.^a, pag. 1007.

biamo trovarlo noi nella condizione di mutare o non mutare religione, quando nel caso concreto essa non abbia altro intento che di favorire coloro che hanno una convinzione già formata.

Senonchè, mi sembra che fra i due casi più che d'imperfetta eguaglianza si tratti di disequaglianza vera.

Una fondazione destinata esclusivamente ai correligionari di un dato culto non influisce in alcun modo sulla coscienza religiosa degli altri individui.

Essa infatti si limita a beneficiare quelli che *sono* di una data religione, *non quelli che muteranno religione*, cioè subordina il suo beneficio al fatto di *essere* di quella religione, non al fatto di *divenire* di quella religione. L'istituzione di beneficenza resta passiva, impersonale: il carattere religioso è come una circostanza esterna che serve a determinare coloro che han diritto di godere dei vantaggi istituiti: ma non è la credenza religiosa posta a contatto col'utile patrimoniale.

Nella fondazione di beneficenza si ha riguardo *ad uno stato già sussistente e preesistente* (appartenenza ad un dato culto), nella condizione di mutar religione *ad una futura azione da compiersi dal legatario sotto lo stimolo del guadagno*. Perciò nel primo caso più di una *conditio* può parlarsi a rigore d'una *demonstratio*¹⁾: *demonstratio factam rem ostendit, conditio futuram* (34, § 1 D. 35, 1), la quale sappiamo anche turpe non nuoce alla validità del negozio.

Insomma in una fondazione massonica han diritto di partecipare tutti i massoni, senz'altro, ma nella condizione: se aderisci al culto massonico, ti lego, ammesso pure che tu nella tua coscienza vi abbia aderito — prova psicologica di difficilissimo risultato — è certo che io subordino il vantaggio promesso ad un' esterna azione tua: tu devi fare un atto di sconfessione, di abiura, il quale innegabilmente si compie sotto l'influenza del dono, senza del quale anzi non si sarebbe compiuto. Ora qui vi è una turpitudine che non ha luogo nelle fondazioni, che non pretendono niente dal beneficiato per conseguire il vantaggio, ma suppongono già l'anteriore ed effettiva aderenza al culto religioso.

Del resto, chi può scandagliare i misteri dell'animo e dire se il legatario *sub conditione* ha aderito veramente nel suo io al culto nuovo, cui lo si spinge, e dato pure, se questo fervore subitaneo di dubbio e sospetta origine si manterrà in lui o non svanisca, e si

¹⁾ SELL, op. cit., S. 153.

vegga poi egli costretto per la condizione a rimanere in un culto, cui non ha più fede ?

Perchè con l'offerta di un vantaggio determinarlo ad un atto, cui egli non è finora addivenuto? E perchè, ammesso che si abbia fiducia nel cangiamento religioso di un individuo, non beneficiarlo puramente e semplicemente, lasciandolo libero di svolgere poi con libertà i suoi sentimenti, invece di disporre sotto questa forma subdola condizionata, che mostra come il donante non è sicuro dell'animo del legatario e vuol prevenire e mettersi in salvo contro ogni possibile variazione o titubanza di lui ?

84. Veniamo ora a quei negozi che riescono immorali perchè la prestazione onerosamente stipulata è già obbligatoria nel promissario.

Abbiamo visto che la stipulazione di un utile patrimoniale per l'omissione generica di delinquere o per ostacolare una determinata specie di malfatti, può considerarsi lecita, non suscitando d'essa il sospetto di un'estorsione, anzi presentandosi con un fine altamente morale, qual'è quello di distogliere da un'immoralità. Invece è riprovata ogni convenzione *ob maleficium non faciendum*, quando colui che paga o promette è il minacciato del maleficio che si vuole allontanare, nel qual caso è visibile il movente di tale obbligazione che è quello di sfuggire al pericolo minacciato, ed in cui apparisce in tutta la sua nudità la *turpitudine* dell'*accipiens* che all'ombra del mistero accetta il prezzo del perpetrato ricatto.

Così uno per sottrarsi agli attacchi inverecondi di un giornalucolo di provincia, lo fa tacere, pagando una somma, o un impresario di teatro che, minacciato da una turba di fannulloni di aver fischiata l'opera, scende a patti con essi e concede loro l'ingresso gratuito alle rappresentazioni.

In questa categoria rientrano i contratti *sul silenzio*, per cui alcuno paga o promette una somma ad una persona che conosce segreti compromettenti o che possiede carte promettenti, affinchè essa si decida a tacere. Tali convenzioni, dice il Kohler ¹⁾, non sono per sè biasimevoli, anzi talora vi sono di mezzo seri interessi, ma l'ordine giuridico non può offrire alcun aiuto dove si tratta di nascondere, occultare, tacere. Quest'opinione, così formulata, non mi pare accettabile. Infatti può aversi spesso il tacere come oggetto di un contratto valido. Così lo scopritore di un segreto industriale stipula

¹⁾ Op. cit., S. 192-193.

dal suo socio cui ha messo a parte del segreto per sfruttarlo commercialmente, di non rivelarlo mai ad alcuno. In questo caso se l'altro viola l'obbligo assunto, può il primo domandare il risarcimento dei danni, o chiedere l'applicazione della penale convenuta. Piuttosto deve dirsi che in certi speciali casi di contratti sul silenzio si asconde un retroscena di ricatto, per cui il possessore del segreto minaccia o fa travedere come possibile la rivelazione di esso ¹⁾, perciò colui che ha interesse all'occultamento, per non esser danneggiato nella sua reputazione o nei suoi interessi viene a patti e consente a qualunque sacrificio pur di non far scoprire nulla. Così il possessore di lettere galanti di una signora stipula da questa un prezzo per non consegnarle al marito e distruggerle. In questa categoria si raggruppano anche gli altri casi di pagamento o di obbligazione assunta per ottenere ciò che uno aveva diritto di ricevere, ma che il debitore si rifiuta di prestare, se non a patto di averne una ricompensa, ricompensa non dovuta, non giustificata, ma imposta a titolo di serocco. Un tutore aveva ricevuto dal padre del pupillo una cosa in deposito. Se egli si rifiuta di restituirla, *et si acceperit pecuniam ut reddat*, secondo l'opinione generale dei giureconsulti, non soltanto può ripetersi con l'*actio depositi*, ma anche con la *condictio ob turp. caus.* Infatti il denaro fu turpemente ricevuto: *quia (pecunia) turpiter accepta sit* (L. 5 D. 27, 3). Se io diedi a te a comodato le mie vesti, e poscia per riaverle ho dovuto darti un prezzo, rifiutandoti tu di prestarmele spontaneamente, fu risposto avere io azione per la ripetizione: *condictione me recte acturum responsum est..... turpiter datum est* (9 D. 12, 5). Un tale aveva ricevuto denaro per restituire il bestiame che aveva rubato, *quae abegerat pecora*: se egli è convenuto con la *condictio*, sarà tenuto alla restituzione dell'*acceptum* (L. 7 Cod. IV, 7).

Io ero tuo creditore *ex testamento vel ex stipulatu*; per esser soddisfatto ho dovuto darti denaro, *condictio dumtaxat eo nomine erit* 9 § 1 D. 12, 5).

Questo caso può presentare qualche difficoltà, essendo vicinissimo a quello di colui che, per ottenere subito il pagamento del credito senza contestazioni e litigi, si piega ad una diminuzione e riduzione del credito stesso. Potrebbe una tale transazione dirsi a priori

¹⁾ V. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, S. 441 nota *g* in fine: «Sobald in dem Geldanahmen für das Schweigen eine Pflichtverletzung oder Erpressung sich kundgibt».

nulla? No, perchè il creditore può bene vagliare i pericoli e le noie di una lite giudiziaria, ed al fine d'evitarla sacrificare una parte dei suoi diritti: ma la transazione verrebbe a cadere nell'illecito, se il debitore non accampano delle plausibili pretese od eccezioni anche leggermente colorate di ragione, ma per puro malanimo ed a scopo di estorsione si facesse rilasciare una rilevante porzione del suo debito ¹⁾, profittando della condizione singolare del creditore che dovrebbe ad ogni costo cedere, per non assumere una lite anche sicurissima, forse con un insolvente.

Sotto questo capo sono anche da annoverarsi gli esempi del testimonio che per prestare una deposizione veritiera o del giudice che per pronunciare *in bona causa* ricevono o si fanno promettere un qualche compenso (2 § 2 D. 12, 5) ²⁾.

Anche colui che ricevette denaro per non isvelare od indicare un delitto commesso da altri, sarà soggetto alla *condictio (ob turp. caus.)*: *repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit* (L. 5 D. 12, 5).

Il non svelare un delitto non è per sè cosa turpe, poichè non vi è alcun obbligo alla denuncia, ma lo diventa allorchè è fatto oggetto di un mercato ³⁾. Si forma cioè in tal modo una complicità morale tra il reo e colui che, avvolgendolo nel mistero, cerca sottrarlo alla punizione meritata. Lo stesso invece non potrebbe dirsi quando la convenzione interviene tra il reo e l'offeso dal delitto del cui occultamento si tratta, ammenochè non sia un reato d'azione pubblica, nel qual caso la convenzione sarebbe contraria all'ordine pubblico ⁴⁾, oppure la convenzione avesse per oggetto la rinunzia *preventiva* all'esercizio dell'azione penale, nel qual caso la convenzione sarebbe immorale, per essere posta ad oggetto d'una obbligazione un'astensione giuridicamente incoattabile ⁵⁾.

¹⁾ Per le riduzioni di poco conto non è da occuparsi, mancando l'animo di perpetrare un'estorsione e potendosi queste giustificare con l'animo di liberalità del creditore.

²⁾ Così è stata dichiarata illecita la convenzione fatta con un funzionario pubblico per compiere *presto* o *con diligenza speciale* un atto della sua amministrazione. Così la stipulazione di un aggio proporzionale del 5 % a favore degli impiegati di un'amministrazione pubblica per ottenere da essi una più pronta spedizione della liquidazione di un credito (Paris 9 janvier 1843, DALLOZ, *Rép. « Obligation »*, n. 642).

³⁾ Anche che manchi l'animo di estorsione, come nei contratti illeciti sul silenzio.

⁴⁾ Vedi in seguito n. 95.

⁵⁾ Vedi n. 88.

Ma la convenzione intorno ad un reato d'azione privata, in corrispondenza ai *delicta* privata dei romani, per la quale l'offeso s'impegnasse di non accusare giudiziariamente ed anche accessoriamente di serbare il silenzio sull'avvenuto mercè la promessa d'un prezzo, dovrebbe reputarsi lecita. « *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, uti iniuriarum, item furti* » (17 § 1 D. 2, 14). « *Si tutor qui negotia gerit, aut curator transegerit cum fure, evanescit furti actio* » (54 § 5 D. 47, 2). Vi sono certi delitti che interessano così strettamente i privati, che non è stato reputato utile, rispetto ad essi, l'intervento spontaneo del potere sociale, ma si è lasciato libertà agli offesi di querelarsi o no del torto patito. L'azione penale si svolge in tali casi *non d'iniziativa dell'autorità*, ma *provocata* dalla parte lesa, la quale la mette in movimento con una istanza giudiziale, e può anche arrestarla mercè desistenza dalla fatta querela. Ora non può essere proibito in questi casi il fare oggetto di transazione o di altro contratto commutativo il non ricorrere in giudizio, tanto più che uno può ben contentarsi di una riparazione pecuniaria e non volere incalzare l'avversario con danni penali. Del resto se egli può rinunciare dopo e fare estinguere l'azione spiegata, non c'è ragione perchè non possa rinunciare prima, nel contratto per cui l'offeso si facesse pagare una somma dall'offensore, quale prezzo della sua rinuncia ad intentar la querela. Così il danneggiato dal danneggiatore, l'ingiuriato dall'ingiuriante, ecc.

Vi sono tuttavia dei casi in cui, pur trattandosi di reati d'azione privata, la rinuncia prezzolata verrebbe ad assumere un carattere immorale. Questi sono i reati che furono rimessi alla volontà delle parti solo ad evitare scandali e per non turbare la pace delle famiglie, voglio dire i reati contro l'onore, quale il ratto, l'adulterio, la violenza carnale.

In tali casi, io credo, la transazione o rinuncia all'azione penale mercè la promessa d'un guadagno sarebbe contraria ai *boni mores*. Tali negozi infatti procurerebbero delle vergognose remissioni e pazienze ottenute sotto lo stimolo e la corruzione del denaro, oltrechè, offendendo questi reati la personalità umana, l'individuo non potrebbe vincolarsi giuridicamente a non rivendicare l'onore offeso. Del resto sotto questi patti si ascondono spesso delle turpi e premeditate speculazioni.

La giurisprudenza invece ¹⁾ ha ritenuto valido il contratto con cui

¹⁾ Cfr. App. Venezia, 14 luglio 1892 (*Foro, Rep.*, 1893, *Contratto*, n. 28, 29).

una persona che ha tenuto relazione amorosa con una donna coniugata, promette una somma di denaro al marito per tener celata la relazione stessa, e quasi a rinuncia della querela penale o di altra azione per riparazione del danno. E, ciò che è davvero esorbitante, qualche giudicato ha riconosciuta legittima l'obbligazione assunta dall'adultero sorpreso sugli amplessi colpevoli, verso il marito offeso a titolo dell'oltraggio patito. Che razza d'indennizzo sia questo io non arrivo a capire: io non vedo qui che un indegno mercato e spesse volte un preparato ricatto ¹⁾.

Si tratta invero d'una forma di lenocinio, quella del marito *qui ex adulterio uxoris quaestum facit*. Poichè è da considerarsi che non soltanto faccia mercimonio colui che ha ricevuto qualche cosa per acconsentire che fosse adulterata sua moglie a guisa di meretrice (29 § 4 D. 48, 5), ma anche quello che colto l'adultero in casa sua lo lascia andare sottoponendosi a soffrire l'onta in silenzio: *adulterum in domo deprehensum demiserit* (L. 29 pr. h. t.). Nella legge citata non è detto esplicitamente il perchè di questa condotta remissiva e tollerante del marito, ma dal contesto e dalla coordinazione con le altre leggi si arguisce che trattasi di *patientia ob quaestum*, onde si aveva il crimine di lenocinio.

¹⁾ Un esempio caratteristico di uno di questi loschi affari ci è fornito da una sentenza recentissima della Cassaz. di Napoli, la quale decise per la illicità del contratto (C. Napoli, 28 maggio 1900, *Legge*, 1900, 2, 516).

Nell'aprile 1895 Francesco Laterza citava dinanzi il Trib. di Bari i coniugi Costantino Giove ed Apollonia Bella insieme coll'avv. Raffaele Colonna, affermando che egli, col consenso del marito Giove, aveva avuto relazione intima con la moglie di costui Apollonia, ed oltre il denaro con essi profuso, stando una sera nella loro casa l'avevano costretto, armata mano, a sottoscrivere una dichiarazione di debito per L. 18,000. Soggiungeva che interposti poi l'avv. Colonna l'obbligazione fu mutata in diversi effetti cambiari con la scadenza tutti nel 17 aprile 1901. Domandava fosse dichiarata nulla tale obbligazione come estorta con violenza e fondata sopra causa illecita.

Il Costantino Giove impugnò che la relazione adultera fosse stata mantenuta fra sua moglie ed il Laterza col proprio consentimento, affermò che, venuto a conoscenza dell'adulterio voleva querelarsi, e che interposti l'avv. Colonna, lo indusse a contentarsi degli effetti cambiari *qual risarcimento del danno e della ingiuria patita*. (Come si vede in tutto questo garbuglio l'abile intromissione del leguleio che cerca sfruttare una comoda e irrazionale giurisprudenza!).

La Corte di Trani e poi la Cass. di Napoli dissero però nulla l'obbligazione per causa illecita, convincendosi dell'esistenza della tresca e dell'acquiescenza del marito. L'obbligazione non rappresentava il risarcimento dei danni per l'impeidata querela d'adulterio, ma il prezzo d'un turpe mercato.

L'unica influenza, io credo, che possa avere l'assunzione del debito verso l'offeso nella flagranza del delitto è l'ammissione in certi casi a favore dell'obbligato dell'azione *quod metus causa*, e secondo il nostro diritto dell'azione rescissoria per violenza, come nota correttamente Pomponio: fr. 7 § 1 D. 4, 2. « Proinde si quis in furto vel *adulterio deprehensus* vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit Pomponius, lib. 28 recte scribit posse eum ad hoc Edictum pertinere » (Ulp., L. 11 *ad Edict.*).

85. Una seconda specie di negozio relativamente immorale è data, quando si vuole assoggettare ad un vincolo obbligatorio una azione od inazione civilmente o moralmente inviolabile. In tal caso l'obbligazione che ne risulta è immorale, in quanto costituisce od un sacrificio della personalità e libertà umana od un eccitamento al male. La prestazione non essendo coercibile, al trovarsi in uno stato coatto soffre quasi e stride fra i suoi ceppi, e perdendo il profumo della spontaneità si presenta come il frutto di un'imposizione o come il risultato di una corruzione, rivestito di forma civile obbligatoria.

E prima di tutto sono da ricordare quei negozi, con cui, per la promessa d'un guadagno o in altro modo, si vuole comperare l'animo ed i sentimenti di una persona. Così l'obbligo di non sposare qualcuno (97 § 2 D. 45, 1) o di rimaner celibe, o di consentire alla separazione tra coniugi o di riconciliarsi con la moglie (27 D. 23, 4) ed in genere ogni obbligo di formare o no un qualche rapporto di famiglia, così obbligo di adozione, d'emancipazione, di riconoscimento di figli, nel qual caso il consenso non può esser vincolato in precedenza contrattualmente ¹⁾.

Sarebbe anche illecita ogni convenzione che avesse per oggetto la libertà personale dell'individuo, così l'obbligo assunto di restare sempre in un luogo o di assentarsi o di prendere un certo stato sociale.

Trovo a questo riguardo un esempio caratteristico nella giurisprudenza.

¹⁾ Così è nulla la convenzione per cui i genitori si obbligano di sposare fra loro i loro figli, tostochè saranno in età di passare a matrimonio. Cfr. su ciò l'interessante fr. di PAOLO 134 pr. *de V. O.*, 45, 1 e DARANTON, X, 319; CHARDON, *Du dol et de la fraude*, III, 617. È nulla anche la promessa per cui il tutore si obbliga di sposare ad uno la sua pupilla (DALLOZ, *Rép.*, v. « *Obligation* », n. 631).

Il Dott. Pietro Deville, contro cui era stata sporta querela penale, come prezzo della remissione della parte lesa, si obbligò di andare in esilio, rimanendo tre anni fuori del Regno. Il Trib. di Saluzzo, cui la questione fu deferita, con sentenza 10 dicembre 1896 (*Legge*, 1897, I, 486) ritenne tale contratto nullo, considerando « che l'obbligazione assunta dal Deville costituiva una violazione della sua libertà personale, di cui non poteva essere legalmente e per nessuna ragione vincolato ».

È anche illecita l'obbligazione con cui si vuole costringere la coscienza morale o la libertà intellettuale dell'uomo. Così il patto di mutar religione o la promessa contrattuale di dedicare sempre il proprio ingegno e la propria penna a favore di un'idea o d'un partito o d'una scuola, oppure di non aderirvi mai¹⁾. Così sono invalidi i patti per cui l'operaio si obbliga verso il padrone di non partecipare a certe associazioni operaie oppure di non aderire a certe unioni politiche o religiose²⁾.

86. Quel che si dice delle obbligazioni nei negozi tra vivi, vale anche per il *modo* nelle disposizioni *mortis causa*. Infatti l'erede o legatario non potrebbe coll'accettazione della liberalità vincolarsi giuridicamente ad un atto che non può formare oggetto d'obbligazione. Così se è istituito un legato coll'onere nel legatario di contrar nozze, questo modo è illecito, perocchè il gratificato non può formalmente assumere questo impegno, vincolando la sua libertà. Ma è possibile in questi casi che si abbia anche un negozio condizionato illecito? Noi abbiamo visto, nella prima parte del nostro studio, come non possa sussistere una condizione illecita di questa

¹⁾ Così fu ammessa la risoluzione del contratto di locazione d'opera giornalistica per il mutato indirizzo politico del giornale, non potendosi intendere il giornalista obbligato a modificare l'indirizzo delle sue opinioni e l'espressione dei suoi convincimenti a volontà del locatore, poichè anche una tale stipulazione sarebbe stata illecita. La lite venne occasionata dalla vendita della *Tribuna* fatta dagli eredi Luzzatto a Luigi Roux. Il tribunale di Roma (5 aprile 1901, *Giur. ital.*, 1901, I, 2, 440) considerò: « E se questo stato di permanente contraddizione (tra l'opera del redattore e l'indirizzo del giornale) non è possibile, non rimarrebbe che il fenomeno illecito della soggezione della coscienza del locatore alla volontà e alle idee dominanti del conduttore dell'opera, perchè l'uno dovrebbe sostenere e manifestare in omaggio all'altro, concetti e principii contrari ai propri convincimenti o profondamente diversi. Ora questa dedizione della propria coscienza a servizio del conduttore è intrinsecamente immorale e la prestazione di opera che la presupponga riveste il carattere giuridico della illiceità »,

²⁾ LOTMAR, op. cit., S. 73.

forma, poichè la condizione essendo un semplice allettamento ed incentivo non può mai costituire un obbligo giuridico, che sia per sè riprovato dalla morale.

Può peraltro la condizione essere illecita se l'azione o restrizione cui si vuole indurre è contraria alla moralità o insofferente di un compenso pecuniario. Da qui viene la conseguenza, che devono in generale reputarsi valide tutte le condizioni relative alla formazione di uno di questi rapporti di famiglia o prestazioni personali, che invece non avrebbero potuto stipularsi obbligatoriamente ¹⁾.

Così è lecita la condizione di adottare o di emancipare qualcuno ²⁾.

In diritto romano secondo l'opinione di Marciano (114 § 8 D. *de leg.*, I) e di Scevola (41 § 3 D. *de leg.*, III) tale condizione era nulla, ed il rogato poteva esimersi dall'adempimento — *non cogitur hoc facere* — considerandosi la patria podestà un potere inestimabile e quindi immorale il farne oggetto di un compenso pecuniario. Ulpiano però (92 D. 35, 1) segue un'opinione più temperata, decidendo doversi obbligare all'emancipazione colui che accettò il legato lasciategli con la condizione ch'egli emancipasse i propri figli, perchè *neque.... debet circumveniri testantium voluntas*.

È lecita la condizione di sposare, o di sposare una persona determinata (63 § 1 D. 35, 1) o di un dato luogo o di una data classe sociale ³⁾⁴⁾.

¹⁾ Dal non aver badato a questo concetto dipende il lusso di nullità veramente straordinario che seminano nella dottrina delle condizioni il REINAUD, il LAURENT, il RICCI, il MAZZA ed altri.

²⁾ DEMOLOMBE, IX, 238 *bis*; DURANTON, VIII, n. 142.

³⁾ Salvo che si tratti d'una *fraus legis*, risolvendosi la condizione in un impedimento di nozze, come se ad una persona poco agiata o di umili natali s'imponesse la condizione di sposare un duca od un marchese, e salvo anche il caso contemplato dalla L. 63 § 1 D. *de cond. et demon.*, perchè allora indirettamente si verrebbe a ledere il diritto all'onore, di cui parleremo in seguito.

⁴⁾ DEMOLOMBE, 18, 252; TROPLONG, I, 243; AUBRY et RAU, VII, § 692; UNGER, *System*, II, pag. 86; PFAFF e HOFMANN, *Comm.*, II, pag. 582; PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, III, n. 130; GIANTURCO, *Sistema*, pag. 184 e le monografie: FAZZARI, *Della validità della condizione di contrarre matrimonio* (*Gazz. Proc.*, 1894, pag. 349); PUGLIESE, *Della validità delle condizioni limitative di matrimonio*; MAZZUCCI, *Delle condizioni testamentarie limitative della libertà di scelta nel matrimonio*.

Contra: LAURENT, XI, 499; RAMPONI, *Condizione di vedovanza*, pag. 44; MAZZA, *Condizioni illecite* (*Legge*, 1894, I, 141 e seg.).

In questi casi infatti non s'impone un vincolo od una limitazione alla libertà del chiamato, poichè egli può benissimo non adempiere il voto del testatore o del donante, rinunziando alla liberalità.

Il preconceito da cui partono quegli scrittori che ritengono la condizione invalida sta nel supporre che il negozio condizionato importi una costrizione della volontà umana, una coazione inesorabile che vincola ed annulla il volere e che soggioga a sottomettersi. Come, si esclama, costringere l'individuo a sposare una persona per cui egli forse sente una profonda avversione ed antipatia? Come, osserva il Ricci ¹⁾, ammettere che il testatore possa obbligare l'erede a sposare altri e rinunziare alla donna del suo cuore che l'avrebbe reso felice? E che dir poi, aggiunge il Miraglia ²⁾, se s'imponesse a qualcuno di sposarsi ad una vecchia decrepita, od una cieca, od una muta od una gobba?

Tutte queste ipotesi esilaranti non mutano però la questione. Giacchè il legatario ha sempre la scelta e resta libero di conquistare il vello d'oro impalmando una donna deforme, o di sprezzare il denaro e volgere altrove i suoi passi. Ma senza ricorrere a questi casi strani, che non hanno riscontro nella pratica, domando io: parrebbe giusto a questi scrittori che un padre morente che lascia al fidanzato di sua figlia un vistoso legato a condizione di sposarla, vegga poi defraudate le sue ultime volontà dal fidanzato legatario, che da una parte è sollecito raccogliere il lascito e dall'altra abbandona nella miseria e forse nel disonore l'orfana derelitta?

Tutta questa retorica che si fa da un pezzo sulla libertà umana deve oramai cessare: nelle condizioni l'uomo è libero di fare come gli piace, e se può subire un'influenza ed un'attrattiva esterna non è però soggetto a coazione di sorta. In altri termini il testatore dice: Vuoi sposare Tizia? Scegli. Se vuoi, ti lego mille. Dove si ha qui un vincolo od un limite della libertà?

Piuttosto può farsi un'obiezione. Il fatto del consentire alle nozze è appunto una di quelle prestazioni personali, la cui purezza non può stare a contatto con un vantaggio pecuniario, e che quindi a rigor di logica dovrebbe dirsi nullo per altra causa. L'osservazione è giusta; ed invero bisogna riconoscere che la decisione della validità costituisce una deviazione dal principio e che la ragione di

¹⁾ *Corso di dir. civ.*, III, 329.

²⁾ GENN. MIRAGLIA, *Pel Cod. it., la condizione di sposare una persona determinata è nulla radicalmente* (*Dir. e Giur.*, IV, 25).

essa deve ricercarsi nel motivo politico che anima la legislazione di favorire le nozze, anche permettendo una relativa influenza sulla libertà di risoluzione del legatario ¹⁾. Che questo favore si sia conservato anche nel diritto nostro lo prova il divieto della condizione di celibato che fa arguire a contrario la liceità della condizione di matrimonio ²⁾.

Del resto la giurisprudenza, tranne qualche caso isolato ³⁾, ha riconosciuto validità alle disposizioni condizionate con cui si vuole indurre l'onorato a contrar nozze con alcuno, od a contrarle in un determinato modo o in determinate circostanze. Così è stata riconosciuta valida la condizione di sposare una nobile ⁴⁾, valida la condizione di sposare una persona onesta e di natali civili ⁵⁾, valida la condizione di sposare una signorina che avesse un'età tre anni meno di quella del legatario ⁶⁾, ecc.

87. Sarebbe anche valida una condizione relativa alla libertà di pensiero. Così ti lego mille, se abbandonerai le idee socialiste, o se difenderai la Chiesa ed il suo potere temporale, o se ispirerai i tuoi scritti alle idee di Rousseau. Qui nessun vincolo ne viene alla libertà del legatario, nè d'altra parte è immorale il fatto in sè stesso che uno segua o no le dottrine del socialismo o difenda il potere pontificio; e se il testatore avrà creduto nel suo apprezzamento sovrano di subordinare un lascito vistoso a questa condizione non v'è alcuna ragione per dichiarare questa sua volontà priva di effetto.

¹⁾ SELL, op. cit., S. 162: « Come ragione generale della permissibilità delle condizioni di sposare si lascia pensare la circostanza che questa condizione seconda lo scopo politico della legge di favorire le nozze », ed altrove, S. 168: « Forse entra anche qui il motivo politico che per questa condizione (*si Titio nupserit*) la conclusione del matrimonio è favorita »; PFAFF e HOFMANN, *Comm.*, II, pag. 581. « Il vero motivo della proibizione della condizione di non sposare è di favorire l'aumento della popolazione e quindi la forza militare ed economica della nazione ».

²⁾ Il FADDA invece, seguendo rigorosamente il concetto principale, osserva che la condizione di sposare una determinata persona pone a così dura prova la libertà umana in una deliberazione così delicata e tale da influire sulla felicità di tutta la vita, che non si può credere che il legislatore la riconosca (Note alla traduzione di WINDSCHEID, Disp. 38.^a, pag. 1000).

³⁾ C. Roma, 14 aprile 1899 (*Foro*, 1899, I, 442).

⁴⁾ C. Torino, 14 aprile 1869 (*Giur. Tor.*, VI, 463).

⁵⁾ App. Catania, 16 marzo 1894 (*Giur. Cat.*, 1894, 66).

⁶⁾ C. Napoli, 3 febbraio 1897 (*Foro It.*, 1897, I, 449). Vedi la sentenza cassata della Corte di Catanzaro che aveva deciso il contrario con una nota critica dell'avv. PUGLIESE (*Tem. Calabr.*, 1896, 258).

Vuol dire, che se il legatario tiene tanto a queste sue idee, rinunzierà al legato.

Questo stesso criterio, di condannare cioè la condizione solo quando induce ad un'azione o restrizione per sè obbiettivamente riprovata, ci guiderà a risolvere ben più importanti problemi che si raggruppano sotto questo capo.

Le condizioni di prendere un certo stato sociale, di dedicarsi ad una data professione, di seguire una determinata carriera, sono valide o nulle?

Se chiediamo la risposta alla dottrina comune, entriamo in un pelago di contradizioni e d'incertezze, è la ragione c'è, perchè gli scrittori nel risolvere questi punti si son fatti guidare piuttosto da idee subbiettive e personali che da un criterio unico, rigido, inflessibile che portasse fino alle ultime conseguenze ¹⁾.

Le discordanti opinioni possono raggrupparsi in tre teorie principali.

La prima, troppo assoluta, nega validità a tutte quelle disposizioni testamentarie e tra vivi che importano comunque una limitazione della libertà dell'individuo. Giacchè, si dice, non deve ostacolarsi in alcun modo con mezzi esterni la naturale tendenza e vocazione che chiama l'individuo ad occupare un dato posto nella società. Un'altra teoria più pratica, ma non meno arbitraria, modifica e completa la precedente, dicendo che della validità od inefficacia delle condizioni dovrà giudicarsi alla stregua delle circostanze di fatto che chiariscono la disposizione condizionata. Cioè, se questa è diretta a favorire e secondare la naturale inclinazione individuale, è lecita, ma se si oppone o contraddice alla medesima, la disposizione è nulla. La terza dottrina è rappresentata dal Pescatore ²⁾, il quale sostiene che la liceità della condizione si giudica in riguardo all'arbitrio del disponente, secondo egli abbia avuto dei plausibili motivi per imporla, oppure si tratti d'una coazione inutile, vana, di

¹⁾ Ritengono la nullità assoluta il DEMANTE, IV, 16 *bis*, il LAURENT, XI, 443, il REINAUD, op. cit., pag. 136, il BARTIN, *Théor. des cond. imposs., illicites ou contr. aux moeurs*, p. 157, il RICCI, III, 328; la validità, il MERLIN, *Rép.*, v. « *Condition* », il TOULLIER, V, § 261, il DEMOLOMBE, 18, 264, il TROPLONG, *Donat. et test.*, I, 251, il BORSARI, art. 849, § 1826; adottano un'opinione intermedia, riferendosi alla intenzione del testatore, il DURANTON, t. 8, 134; AUBRY et RAU, t. VII, 692. Ma fra scrittore e scrittore dello stesso sistema si notano anche differenze particolari per le diverse condizioni.

²⁾ *Giornale delle Leggi*, 1874, pag. 369.

un *nudum praeceptum*. Egli dice: Il donante o testatore è libero di disporre come vuole, e di subordinare la sua disposizione ad una condizione restrittiva dell'attività del beneficiario, giacchè egli con ciò non toglie la libertà del legatario o donatario; infatti egli è padronissimo di restar libero, rinunciando alla liberalità. Però bisogna che il testatore esprima o in altro modo apparisca e si desuma una causa plausibile riguardante od un interesse pubblico o privato o dell'erede stesso o di un terzo o della memoria del testatore, altrimenti il *nudum praeceptum, cum nulla causa inveniatur, nullius momenti est*. Nè si ammetterà l'erede a querelarsi della ragionevolezza del motivo, essendo il disponente libero delle cose sue e giudice incensurabile nel merito.

Questa teoria è una delle più serie, ma va incontro a due obiezioni: l'una, che il fare arbitro assoluto il testatore dell'opportunità e liceità dell'azione imposta, è un allargare sconfinatamente la potenza dell'individuo, sì da farla prevalere all'interesse collettivo, potendo un'azione reputata utile e ragionevole nella mente del *de cuius* costituire un sacrificio della libertà del legatario, cui egli si sottometterebbe per la condizione del guadagno; l'altra, che accertato che la disposizione testamentaria è stata fatta coscientemente da persona sana di mente, è esorbitante il voler rintracciare il motivo della disposizione stessa, ed annullarla, quando non se ne scorga uno plausibile. Insomma come la ragionevolezza del motivo non può bastare a render valida una condizione che spinga l'onorato ad un sacrificio della propria personalità, così la mancanza di un motivo non può bastare a render nulla una disposizione condizionata lecita, dettata seriamente dal testatore.

Vengo ora senz'altro all'applicazione dei principii, che ho sopra formulato. Ho detto che la libertà individuale, mentre non può divenire oggetto d'una obbligazione efficace, può validamente essere *invitata* a restringersi o dirigersi in una data maniera, ammenocchè la restrizione per sè stessa non costituisca obbiettivamente un'offesa alla personalità ed alla morale.

Ora, domando io, è il fatto del seguire una data carriera od una data professione moralmente o civilmente riprovato? Certo che no. Ed allora, abbiamo delle condizioni perfettamente valide, siano o meno queste corrispondenti ai desideri e tendenze del legatario. Quindi, se io lego la mia biblioteca giuridica ad un mio nipote, se si farà avvocato, o lascio il mio prezioso telescopio a Tizio, se studierà astronomia o gravo l'erede di una rendita a favore di Caio, se questi seguirà la carriera militare, io appongo delle condizioni

giuridicamente efficaci e tali che ho diritto siano rispettate dai miei legatari, se vorranno conseguire il legato, e non c'è ragione che tenga o contrarietà d'inclinazioni o mancata tendenza, perchè questi signori si affrettino da una parte a percepire il beneficio e calpestino dall'altra la mia volontà, al cui adempimento l'aveva subordinato ¹⁾.

Il linguaggio presunto dal testatore è questo: « per il bene tuo e della famiglia io giudico che ti convenga abbracciare tale stato o sviarti da tal altro, e così giudico ponderatamente, dopo avere valutato tutte le circostanze. Or giudica anche tu, e risolvi liberamente, e nel caso che sia del mio stesso avviso, allora per sovvenire ai bisogni dello stato che t'ho suggerito, ed anche per attestarti la mia riconoscenza d'aver preso i miei buoni consigli, ti lego..... » ²⁾.

Io credo che sia oramai tempo di spezzarla con questi tradizionali concetti sviluppati al calore artificiale di una placida dottrina e sonnolenta giurisprudenza, e che non sia troppo da preoccuparsi delle naturali tendenze del chiamato, per cui si dovrebbe venire a render frustranee le più serie determinazioni di volontà, e per troppo amore di libertà nel legatario si finirebbe per togliere ogni libertà al disponente. E se perciò io ordino a mio figlio un legato, a condizione che non si faccia artista da teatro o che non seguiti a imbrattar delle tele, sarà questa una condizione valida e perfettamente giuridica, e non c'è proprio da temere un Raffaello perduto od un cantore mancato, se io sovraneamente decidendo ho creduto utile nel vantaggio suo di contrapporre la spinta dell'interesse ad una vocazione sua pazza e svogliata. Si tranquillino pure questi sognatori di geni strozzati e d'avveniri perduti, poichè, del resto, quando la vocazione c'è, ma vera, ma intensa, essa non si lascia vincere o sedurre dal miraggio del guadagno, ma affronta serenamente la miseria pur di seguire il proprio destino.

Lo stesso criterio ci porta a decidere sulla validità o meno della condizione: se ti farai prete o vestirai l'abito monastico ³⁾.

¹⁾ Cfr. App. Napoli, 14 febbraio 1874 (*Racc.*, 27, I, 230). La condizione di studiar lettere e poi di applicarsi alla professione legale è valida; il gratificato che non l'ha adempiuta incorre nella pena della decadenza comminata dal testatore.

²⁾ PESCATORE, op. e loc. cit.

³⁾ Altri raggruppa questa condizione tra quelle che influiscono sul sentimento religioso. Questo sistema non mi pare esatto, perchè la condizione di farsi prete, avendo luogo fra persone dello stesso culto e che nutrono gli stessi sentimenti

Sorvolo alle lunghe discussioni cui ha dato luogo questa condizione ¹⁾, e risolvo senz'altro la tesi proposta. Seguendo lo stesso concetto, che non è turpe e contrario alla morale l'abbracciare la carriera ecclesiastica, dovrebbe conseguentemente decidersi per la validità della condizione. Senonchè, risolvendosi questa condizione indirettamente in una condizione di non sposare, la quale è illecita, la condizione dovrà dirsi nulla.

Fa d'uopo però avvertire come deve distinguersi la condizione se ti farai prete, intesa ad incitare direttamente il legatario a vestire l'abito ecclesiastico ed assumere uno stato di celibato votivo, dalla condizione in cui il testatore dispone *per il caso* in cui si farà prete, cioè in cui prevedendo o supponendo l'ipotesi dell'ascensione agli ordini sacri di un individuo a lui caro, dispone in suo vantaggio, sia per fornirgli i mezzi dell'educazione religiosa, sia per assicurargli le risorse pecuniarie per quello stato.

La differenza sta in ciò: che nel primo caso il testatore vuole indurre il beneficiato coll'allettamento del guadagno ad assumere l'abito sacerdotale, nell'altro il sacerdozio del legatario *sub conditione* è considerato come una mera eventualità. Così lego dieci mila

religiosi, non mira a turbare la loro libertà di coscienza, ma è diretta piuttosto a fare assumere lo stato sociale del sacerdozio, come ogni altro stato della vita, come un'altra professione qualunque.

¹⁾ Il RICARD (*Des dispos. condit.*, II, 264) e POTHIER (*Introd. al tit. XVI della Consuet. di Orléans*, n. 64) reputano questa condizione illecita, considerando che non deve eccitarsi il legatario con mezzi temporali e profani a prendere uno stato così alto di perfezione spirituale, qual'è il sacerdozio, che la vocazione deve venire dal cielo, che la Chiesa ha bisogno di esseri puri e non di soldati mercenari. Cfr. nello stesso senso MARCADÉ, art. 900, n. 3; DEMANTE, III, n. 16 *bis*; DURANTON, VIII, 137; LAURENT, XI, 503; RICCI, III, 328; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, III, pag. 121. Invece il TOULLIER (t. III, n. 265) ed il VAZEILLE (articolo 900, n. 16), seguendo l'antica opinione del FURGOLE (*Des testaments*, c. VII, sez. II, n. 89), reputano tale condizione permessa, considerando che il sacerdozio è vita degna e santa cui può incitarsi altri ad abbracciarla anche con ricompense pecuniarie. Cfr. BORSARI, art. 849, § 1825.

Il DEMOLOMBE (18, 259) e TROPLONG (I, 242) ritengono di regola la condizione valida, non essendo immorale di sviluppare e rafforzare la vocazione del sacerdozio e fornire i mezzi a chi si decida ad abbracciare quello stato. Se però il testatore ha voluto coartare la coscienza del gratificato, e stornarlo da un'altra vocazione coll'adescamento del guadagno, allora la condizione è riprovata. A tal uopo dovrà tenersi conto dell'età, abitudini, inclinazioni del legatario, vedere se egli ha abbracciato già un'altra professione o trovasi in seminario, ecc. Cfr. nello stesso senso COIN-DELISLE, art. 900.

a mia sorella se passerà a nozze, a titolo di dote, ed altrettanto a mio nipote, a titolo di sacro patrimonio, se prenderà lo stato sacerdotale. In questi casi si ha una questione d'interpretazione, che è rimessa al prudente arbitrio del giudice di merito ¹⁾.

88. Ritorniamo alle prestazioni incompatibili con una coazione giuridica.

Fra queste devono ancora annoverarsi quelle prestazioni che importano una rinunzia *preventiva* ai mezzi giuridici concessi dalla legge per la reintegrazione e difesa dei propri diritti o la persecuzione dei delitti (privati) ²⁾. Così il patto di non agire in giudizio per furto o per ingiurie, conchiuso anticipatamente all'avveramento del reato, con il futuro colpevole, al fine di assicurargli legalmente l'impunità: fr. 27, § 4 D. *de pact.*: « Pacta quae turpem causam continent non sunt observanda, veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris. *Expedi enim timere furti vel iniuriarum poenam* ».

Sed post admissa haec, pacisci possumus, aggiunge Paolo. È naturale. Venuto meno il sospetto che altri abbia voluto premunirsi contro le conseguenze del suo delitto con la stipulazione anticipata di impunità, non c'è ragione di sussistere il divieto. In questa categoria è da ricordarsi il *pactum de dolo non praestando*.

Nel Digesto troviamo formulato generalmente il principio della nullità di un simile patto: *Illud nulla pactione effici ne dolus praestetur* (27, § 3 D. 2, 14) di cui s'incontrano due applicazioni, una in

¹⁾ La questione si presentò quasi contemporaneamente nella nostra giurisprudenza alle Cassaz. di Torino e di Napoli che la decisero nello stesso senso. Ecco i due casi:

Un testatore aveva legato ad un suo nipote Cesare Donetti colla condizione di *progredire nella carriera ecclesiastica fino al sacerdozio*. La Corte ritenne che « scopo del disponente non fu quello di costringere il legatario a farsi prete o di influire indebitamente sull'animo di lui, ma sìvero *per il caso in cui sarebbersi dedicato allo stato ecclesiastico* di assicurargli le risorse del nuovo stato » (C. Torino, 26 settembre 1893, *Foro it.*, 1894, I, 84).

Angelo Ricci, con testamento pubblico, disponeva di due immobili in pro del fratello Francesco con l'incarico di amministrarli, investirne le rendite e costituirli in sacro patrimonio in vantaggio di quello fra i suoi figli che volesse farsi prete. La Corte considerò: Il testatore non imponeva ad alcuno dei suoi nipoti lo stato ecclesiastico, ma *prevedendo il caso che uno di loro volesse assumerlo*, veniva in soccorso del fratello, padre di numerosa prole, fornendogli i mezzi di secondare la vocazione del figlio (C. Napoli, 4 ottobre 1893, *Foro*, 1894, I, 78).

²⁾ Per i reati d'azione pubblica la rinunzia anche posteriore è nulla.

tema di comodato (17, D. 13, 6), l'altra in tema di deposito (1, § 7 D. 16, 3). In quest'ultima legge anzi si accenna al motivo della proibizione: « Illud non probabis dolum non esse praestandum, si convenerit, nam haec conventio *contra bonam fidem contraque bonos mores est* et ideo nec sequenda est ». Infatti la stipulazione d'irresponsabilità per dolo equivarrebbe ad una licenza a malfare, e ad un'eccezione a commetterlo, avendo già lo stipulante assicurata l'impunità civile. Si toglierebbe così alla legge quella sanzione che mentre da una parte viene a ristabilire il diritto, dall'altra costituisce una minaccia ed un mezzo d'allontanamento della violazione, restandosi in tal modo disarmati dinanzi all'iniquità più manifesta e preordinata che potrebbe anche divenire sistematica ¹⁾.

Intanto ci preme conciliare un'antinomia che corre tra la legge citata e due frammenti che riportiamo: 7, § 5 D. *de pact.* « Sed et si quis paciscatur *ne depositi agat*, secundum Pomponium, valet pactum ». L. 27, § 2-cod. « Quamvis si quis paciscatur *ne depositi agat*, vi ipsa id pactus videatur *ne de dolo agat*, quod pactum proderit ». Come si spiegano queste eccezioni?

Poichè è da notare, come con l'esclusione dell'*actio depositi* si veniva alla conseguenza di far perdere al deponente il diritto di domandare la restituzione della cosa depositata con tutte le fruttificazioni: la qual cosa era un'enormità, se si considera che l'inadempienza del depositario poteva anche dipendere dalla sua condotta dolosa. Secondo una dottrina, ciò si spiega come un'applicazione del principio *expressa nocent, non expressa non nocent*. Non essendo in tali casi detto specificamente della irresponsabilità per dolo, doveva il patto ritenersi valido. Piuttosto è da indursi che questi patti fossero validi nel significato ristretto di imputare una minore responsabilità per fatto proprio allo stipulante, ma che questo esonero di responsabilità non potesse giungere mai all'esclusione della prestazione del dolo. Quindi, nonostante il patto, il deponente avrebbe potuto sempre replicare con l'*exceptio doli*.

Al dolo deve parificarsi la *culpa lata* (1, § 1 D. 11, 6; 29 D. 17, 1; 1, § 2, D. 47, 4). E quindi il patto di esser sciolto da ogni responsabilità dipendente da colpa grave, deve anche considerarsi come nullo ²⁾.

¹⁾ Per la nullità del patto nel diritto nostro può trarsi anche argomento dall'art. 1484 c. c.

²⁾ CHIRONI, *Istituzioni di dir. civ.*, II, § 278.

89. Al patto *ne dolus praestetur* si riconducono tutte quelle rinunzie *preventive* di esercitare un'azione in giudizio, per cui lo stipulante cerchi di assicurarsi l'impunità per una violazione futura del diritto altrui. Così la rinunzia anticipata di promuovere l'azione Pauliana o di simulazione, od un'azione di rescissione per dolo, violenza, errore, lesione, o la rinunzia preventiva al diritto di chiedere la risoluzione del contratto ¹⁾ o il risarcimento dei danni in caso di inadempienza, od al diritto di revoca della donazione per ingratitudine, ed in genere ogni obbligazione di non servirsi in futuro di un qualsiasi mezzo protettivo stabilito dalla legge in difesa dei propri diritti violati ²⁾.

In materia procedurale possono farsi applicazioni numerose di questo principio. Così la rinunzia anticipata al diritto di opporre la perenzione degli atti del giudizio, od a far valere una decadenza, od a gravarsi d'appello o di ricorso contro una sentenza che sarà per pronunziarsi, ecc.

Ancora al patto *de dolo non praestando* si ricollegano tutti gli altri patti che si sogliono aggiungere oppressivamente a carico del debitore o di colui che è costretto ad addivenire alla convenzione. La legge del più forte si fa sentire contrattualmente coll'imposizione di clausole unilateralmente favorevoli ed inique e sfruttatorie a danno dell'altra parte.

La giurisprudenza si è già pronunziata nel ritenere come nullo il patto con cui l'un contraente assume l'obbligo di adempiere il contratto anche nell'inadempienza dell'altro ³⁾, e quindi per cui un appaltatore di dazi comunali si obblighi di eseguire il contratto, anche quando il Municipio vi manchi od arbitrariamente gli impedisca il godimento dell'appalto, creando tali condizioni di cose da rendergli impossibile l'adempimento dei suoi impegni ⁴⁾, nullo altresì il

¹⁾ FADDA, *Nota critica alla sentenza della C. Romana*, 17 dicembre 1880 (*Foro it.*, VI, 1, 193).

²⁾ Cfr. ALCIATO, *In Cod. Comm. tit. de pactis*, pag. 331: « *Idem quoties ius revocandi donationem, libertatem, legitimationem ex ingratitudine competit, non potest quisquam futuram remittere* » ed il NATTA, *Consil.*, 258: « *Sic nec valet pactum donationi addictum, quod nequidem ob ingratitudinem sit revocanda, quia impunitatem dat futuro delicto et sic ad delinquendum incitat* ».

³⁾ C. Torino, 28 febbraio 1877 (*Giur. Tor.*, 1877, 390).

⁴⁾ C. Torino, 10 agosto 1878 (*Foro it.*, III, 1, 797). La giurisprudenza ha fatto altre applicazioni di questo principio in ordine ai patti inseriti nel contratto di

patto per cui siasi stabilito di porre a carico d'un contraente la colpa dell'altro.¹⁾, o per cui fra le parti è convenuto che lo scioglimento del contratto debba aver luogo a giudizio di uno di essi, non appena l'altro violi gli obblighi assunti²⁾.

Il Lotmar³⁾ ricorda a questo proposito i patti solitamente occorrenti nei contratti conchiusi tra impresario di teatro ed i comici, per cui è lasciata esclusivamente al primo la decisione sull'avveramento di una pena convenzionale, ed a lui solo e non alla controparte è concessa la libertà di disdetta. Il Lotmar⁴⁾ ritiene altresì nullo il patto con cui si conviene la partecipazione dell'impresario all'incasso delle serate beneficate a favore di qualcuno degli artisti. Poichè l'annunziare al pubblico una rappresentazione beneficata è fargli intendere che il profitto netto vada a favore del seratante. Ora questo impegno segreto fa diventare quell'annunzio una cosciente falsità, ciò che implica la permissione di una menzogna da parte dell'attore e quindi la sofferenza di un'azione immorale. L'Opet⁵⁾ invece crede alla liceità del patto, ed anch'io sono di questa opinione, perchè non è giusto, ciò che dice Lotmar, che s'ingenera un inganno al pubblico, sol perchè una frazione dell'incasso va ritagliata a favore di altri, giacchè in sostanza è certo che la maggiore

locazione di pagare il fitto non ostante qualunque eccezione, anche che sia la mancanza della cosa locata per fatto del locatore (C. Torino, 4 maggio 1875, *Giur. Tor.*, XII, 315). O per cui in un contratto di concessione d'acqua il concessionario si obbliga di pagare sempre il canone anche nel caso di privazione dell'acqua (App. Catania, 1.º aprile 1901 (*Giurispr. Cat.*, XXXI, 60).

¹⁾ C. Torino, 10 giugno 1866 (*Giur. Tor.*, III, 323).

²⁾ App. Cagliari, 3 maggio 1871 (*Racc.*, 23, 2, 313).

Però deve badarsi di non confondere questi patti che importano sempre una rinunzia *anticipata* ad un mezzo giuridico stabilito in difesa dei propri diritti, con tutti quegli altri patti che non implicano questa rinunzia e che sebbene presentino un carattere manifesto d'*iniquità*, pure sono leciti. Così quelle clausole di decadenza inserite nei contratti d'assicurazione di perdere ogni indennizzo per il mancato pagamento anche di una rata di premio, col diritto nella compagnia di trattenersi quelle riscosse (VIDARI, *Corso di dir. comm.*, V, n. 4525), le clausole inserite nelle locazioni di servizi, dirette a speculare sul bisogno e le difficoltà dell'operaio, per cui questi è soggetto, anche per una minima e lieve mancanza od errore nel lavoro, a ritenute e multe esagerate che vengono a decimare il suo salario, o per cui egli consente a ricevere il salario in oggetti (*truck-system*), ecc.

³⁾ Op. cit., S. 70.

⁴⁾ Op. cit., nota 210.

⁵⁾ *Archiv für civil. Praxis*, Bd. 86, S. 198.

utilità resta sempre all'attore beneficiato, ed il pubblico può sempre dimostrare la sua simpatia ad un artista, accorrendo numeroso in teatro, sicuro che la sua affluenza tornerà a quello proficua. D'altra parte non è l'inganno o la menzogna che può avere influenza per giudicare del carattere morale del patto, ma questo per sè stesso deve essere per il suo contenuto in contradizione con la moralità generale.

Un campo propizio per le clausole vessatorie è il contratto di lavoro.

Poichè non c'è da farsi illusioni. Giuridicamente eguali di fronte alla legge, il padrone e l'operaio, sono difatti diseguali nelle forze; l'uno sicuro della sua posizione economica, conoscente del mercato, agevolato dai mezzi rapidi di comunicazione e di scambio, non costretto imperiosamente alla produzione, può freddamente valutare i propri interessi ed imporre le condizioni che più gli tornano vantaggiose; l'altro invece privo di un fondo di riserva che valga ad assicurargli l'esistenza nel tempo in cui è disoccupato, incapace ed impotente a trasportare altrove la merce di cui dispone, il lavoro, poichè le spese di viaggio assorbirebbero certe volte l'utilità che si ripromette, non sempre intellettualmente perspicace, stretto nell'alternativa di affrontare la miseria e la fame, è forzato d'accettare a tutti i costi le condizioni che gli si offrono, sobbarcandosi ad un lavoro penoso, distruttore delle sue forze, pur di sfuggire al bisogno del momento.

Perciò tutti quei patti strozzanti e vessatori, per cui il padrone può risolvere inappellabilmente le questioni che insorgono fra lui e gli operai, o per cui egli si riserva il diritto di disdetta, arbitrariamente e senza preavviso, o l'operaio rinuncia all'azione di danni per infortuni nel lavoro od altrimenti a muover lite al padrone, devono dichiararsi nulli ¹⁾.

¹⁾ Un'applicazione legislativa di questo concetto è fatta dalla legge sugli infortuni del lavoro 17 marzo 1898 all'art. 12. Questa legge dopo aver prescritto l'assicurazione obbligatoria degli operai di certe industrie per una somma determinata, variabile secondo la gravità dell'infortunio, sancisce che è nullo ogni patto inteso ad eludere il pagamento dell'indennità o scemarne la misura stabilita. Naturalmente sarebbero anche nulle tutte le rinunzie che facesse l'operaio ai benefici attribuiti in suo favore dalle leggi sociali o per cui questi fossero ristretti o limitati in alcun modo. Tale principio si trova esplicitamente sanzionato nel diritto austriaco (Legge, 28 dicembre 1887, § 43 e 44).

III. — NEGOZI CONTRARI ALL'ORDINE PUBBLICO.

90. L'ordine pubblico, abbiamo visto, risulta dal complesso delle leggi imperative che, regolando in modo assoluto l'esistenza e la vita giuridica della società, non possono esser derogate dalle convenzioni dei particolari.

Noi tratteremo prima dei negozi che sono derogatori alle leggi di diritto pubblico, indi di quelli che violano l'ordine pubblico nel diritto privato ¹⁾.

Ordinamento politico della società. La società costituita politicamente si personifica nello Stato. Lo Stato è un organismo etico-giuridico che a somiglianza di un organismo umano è composto di cellule e di gruppi di cellule, cioè di singoli cittadini e di associazioni, che ha una personalità propria fornita di mente, in cui si riflette il pensiero di tutto il popolo, e dotata di volontà, che manifesta per mezzo di leggi e di comandi, e che fa eseguire coattivamente per la forza sociale. La vita dello Stato consiste nel mantenimento della sua costituzione; e quindi secondo il nostro diritto, nella personificazione della podestà di esso in un individuo sovrano, nella distinzione e divisione dei poteri pubblici, e nello stabilimento di organi speciali per esercitarli: così la funzione legislativa attribuita alle due Camere ed al Re, la funzione governativa affidata al Ministero, la funzione giudiziaria all'ordine dei magistrati, e nelle ramificazioni sempre più estese di questi organi nell'esercizio di tali funzioni, nella costituzione di vari corpi centrali o locali di vigilanza, di consulta e di controllo, che servono di garanzia e di aiuto all'azione amministrativa, ed infine in tutte quelle norme che regolano le attribuzioni e gli obblighi speciali che nascono da questa delegazione di poteri e le incompatibilità che ne derivano.

Questa materia è quella che forma propriamente oggetto delle leggi costituzionali o fondamentali che sono la più alta espressione dell'*ius publicum*. Ora, qualunque convenzione privata volesse portare una restrizione a questi poteri o derogare in qualunque modo all'organizzazione politico-giuridica dello Stato, cadrebbe sicuramente nella nullità.

Veniamo a qualche esempio.

1) L'Amministrazione Demaniale aveva locato alcuni molini

¹⁾ Noi non possiamo qui che limitarci ad esporre le forme principali e più comuni di negozi contrari a leggi di diritto pubblico, riuscendo impossibile, e del resto inutile, farne una rassegna completa.

col patto che l'affittamento fosse a tutto rischio e pericolo degli affittavoli. Venuta la posteriore legge 28 giugno 1864 che gravò nei comuni chiusi un dazio di consumo sulle farine, e venuto quindi a decrescere il lavoro di molitura, perchè gli abitanti preferivano per evitare la tassa andare a macinare in altri comuni aperti, i locatari chiesero la risoluzione della locazione per colpa e fatto della amministrazione locatrice che aveva dato luogo alla promulgazione della legge. La Cassazione di Torino osservò che non dovesse confondersi l'Amministrazione delle Finanze colla sovrana autorità, che nell'interesse generale può far leggi ed imporre tributi. Del resto anche ammesso che una pubblica amministrazione si fosse obbligata che nessuna legge sarebbe per emanare, la quale inducesse variazione sulla cosa contrattata, una simile promessa sarebbe nulla, perchè contraria ai diritti inalienabili della sovranità ¹⁾.

2) L'Amministrazione dello Stato rappresentata dal Ministero dei Lavori Pubblici concedeva in appalto i lavori per il traforo del Moncenisio agli ing. Grattoni e Sommeillier. Fra le condizioni d'appalto era stabilito (art. 50): Se in dipendenza di qualunque fatto nascessero delle divergenze tra l'Amministrazione e l'Impresa tanto nell'apprezzamento delle condizioni d'appalto, quanto nella liquidazione dei conti finali, le parti si dovranno rimettere alla decisione della Commissione speciale costituita con decreto del 17 marzo 1867, la quale giudicherà definitivamente e inappellabilmente.

Sorte contestazioni, si venne in giudizio.

La Corte d'Appello di Torino ritenne nullo tale patto, per cui si deferiva ogni controversia al Consiglio dei Lavori Pubblici e quindi si faceva rivivere l'abolita giurisdizione contenziosa dei Consigli amministrativi.

« Atteso in diritto, che non si può derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di legge. Che niuno può esser distolto dai suoi giudici naturali, nè possono esser creati tribunali e commissioni straordinarie. Che a fronte di questi principî proclamati dallo Statuto fondamentale dello Stato e che hanno forza così contro la pubblica amministrazione come contro i privati, non può dubitarsi che nella specie le questioni che insorgono in dipendenza del contratto d'appalto sono per lor natura di competenza dei tribunali ordinari.

« Che aboliti i tribunali speciali, investiti della giurisdizione del

¹⁾ C. Torino, 22 dicembre 1870 (*Giur. Tor.*, VIII, pag. 49).

contenzioso amministrativo e devolute alla giurisdizione ordinaria le controversie ad essi attribuite, non può esercitare funzioni giudiziarie il consiglio istituito con ben diverse attribuzioni presso il Ministero dei Lavori Pubblici, poichè se ciò dovesse esser lecito si farebbe rivivere di propria autorità la giurisdizione che per motivi d'interesse pubblico le fu tolta dalla legge.

« Ritenuto che detto patto non può valere neanche di clausola compromissoria, sia perchè sarebbe un mezzo indiretto per giungere allo stesso scopo di attribuire alle Amministrazioni dello Stato funzioni giudiziarie che a loro non appartengono, sia che essendo l'ufficio dell'arbitro tutto di fiducia e di confidenza, è dubbio se possa esser esercitato da un corpo morale mutabile ad ogni tratto negli individui che lo compongono, sia anche per la incompatibilità di far da giudice in un Consiglio che è sotto la dipendenza diretta del Ministero, per cui non potrebbe avere quella piena e perfetta libertà che gli sarebbe necessaria, non fosse altro per valersi del diritto di non accettare il mandato ricevuto » ¹⁾.

Senza dilungarci in altri esempi, possiamo concludere che sono nulle tutte le convenzioni tendenti a derogare all'organizzazione ed alle attribuzioni dei poteri pubblici, come anche deve ritenersi nulla, anzi giuridicamente impossibile, ogni alienazione di un diritto di sovranità. Perciò quei negozi, così comuni nel Medioevo, per cui alcuno acquistava e diveniva proprietario od alienava un attributo sovrano, così il diritto d'amministrare un dato territorio, o d'esercitare potere giurisdizionale, o di riscuotere delle gabelle o d'esercitare una carica pubblica, oggi non possono più aver luogo e sono inesistenti. Qui si raggruppano le vendite dei pubblici uffici, ossia le contrattazioni per cui alcuno stipula un prezzo per la sua dimissione a favore di un altro che subentra nel posto lasciato vacante, e con le quali si vuole derogare al diritto di nomina che compete al Capo dello Stato.

Tuttavia è lecita la convenzione relativa ad un ufficio privato, a cui il titolare rinunzi in favore di altri ²⁾, come anche ogni pat-

¹⁾ App. Torino, 9 febbraio 1878 (*Giur. Tor.*, XV, 301).

²⁾ Cfr. App. Torino, 11 marzo 1878 (*Legge*, X, I, 1032): Non può dirsi fondata sopra una causa illecita la convenzione con cui taluno, rinunziando a favore dei suoi discendenti ad un ufficio privato (agente di Società d'assicurazione) e promettendo d'impegnarsi a farlo trasferire in loro capo, stipula a proprio profitto il corrispettivo di una quota parte dei proventi dell'ufficio.

tuizione, la quale, sebbene relativa ad un ufficio pubblico, pure è intesa a regolare soltanto la misura degli emolumenti che per i singoli atti di quest'ufficio sono stabiliti. Perciò non credo sia illecita come contraria all'ordine pubblico la convenzione intervenuta tra un usciere ed un avvocato, tendente a modificare e ridurre i diritti che al primo si appartengono, dietro l'obbligazione assunta da quest'ultimo di far notificare tutti gli atti del suo ministero per suo mezzo, oppure quella intervenuta tra un procuratore e notaio tendente a diminuire i diritti di vacanza. Le tariffe sono stabilite nell'interesse esclusivo di questi pubblici ufficiali, e come essi possono anche rinunciare ai loro proventi, così possono stipulare delle modificazioni che intendono per loro vantaggiose ¹⁾.

91. *Leggi di coscrizione militare e finanziarie.* Lo Stato per vivere deve mantenersi e provvedere ai pubblici servizi, fra i quali principalissimo quello della difesa nazionale. A tal fine esso esige dai cittadini un doppio contributo: di sangue e di denaro, donde abbiamo le leggi sulla leva militare e le leggi finanziarie. Quindi ogni convenzione per cui si tendesse sfuggire al servizio militare o di frodare in qualsiasi modo le imposte e tasse stabilite dallo Stato e dagli enti pubblici minori, dovrebbe dirsi radicalmente nulla ²⁾.

Frequenti sono gli esempi di obbligazioni contratte al fine di evitare il pagamento parziale o totale di tributi fondiari o di tasse di registro e di ricchezza mobile. Così due contraenti fanno un atto di vendita ed il venditore permette che si dichiari un minor prezzo, a patto di ricevere un compenso per questa sua ade-

¹⁾ Non è esatto perciò quel che dice il Barassi che tali patti mirino a modificare le norme che reggono le attribuzioni dei pubblici ufficiali e che perciò sono nulli (*Contratto di lavoro*, p. 262). Cfr. App. Torino, 5 maggio 1885 (*Giur. Tor.*, XXII, 430). « Che invano si oppone la nullità radicale di tale patto. Ora niuna legge proibisce il patto di cui trattasi tra procuratore e notaio, non è lo stesso contrario ai buoni costumi, nè offende l'ordine pubblico, non venendo per esso turbati i pubblici servizi, sebbene a primo aspetto può parere meno delicata e doverosa siffatta pattuizione... ».

²⁾ Sui contratti che hanno per scopo di violare le leggi di dogane e d'imposte vedi KOHLER (*Archiv für bürger. Recht*, V, 206). Le convenzioni che hanno per oggetto il contrabbando straniero non sono contrarie all'ordine pubblico, perchè non violano alcuna legge dello Stato, sebbene possano considerarsi come immorali. Ma ciò è controverso. V. BAR, *Internat. Privatrecht*, II, S. 31; WHARTON, *Conflict of laws*, § 485.

sione. Oppure, una persona s'impegna di dare a mutuo, addossandosi la spesa di ricchezza mobile che è gravata, a condizione che il mutuatario consenta a che una parte dell'interesse non apparisca stipulata, ma si nasconda, cumulandosi al capitale.

Questi accordi, che hanno per oggetto, per fine immediato, una contravvenzione alle leggi finanziarie, sono nulli. Non così, quando il contratto, pur contenendo un occultamento di prezzo o in altro modo essendo conformato per evitare delle tasse, abbia un oggetto diverso. In tal caso si avrebbe bensì una contravvenzione ed un atto passibile di multa, ma non un atto nullo ¹⁾. Mi spiego con un esempio. Tizio fa una scrittura privata e non la registra nei venti giorni successivi: vuol dire ch'egli manca ad un obbligo verso il Demanio e cade in multa. Ma se egli si accorda col suo contraente di non registrare la scritta, e stipula una pena per l'inadempienza, questo accordo è nullo, perchè cade appunto sulla contravvenzione ²⁾.

La legge del Registro, testo unico, 20 maggio 1897, dichiara altresì nulli i patti (art. 102 c. v.) tendenti a ritardare la registrazione ed il pagamento delle tasse o con cui si stabilisce che il pagamento di esse debba andare a carico di quella tra le parti che col proprio inadempimento renda necessaria l'omessa registrazione.

Non possono nemmeno le parti derogare all'ordine con cui sono stabilite le obbligazioni di pagamento dei tributi verso lo Stato, delegando questo pagamento ad un terzo e restando liberati dalla propria obbligazione. Il Fisco non accetta surrogati; esso non riconosce che i suoi legittimi debitori, e quindi i proprietari nell'imposta fondiaria, i percipienti un lucro ed una rendita nell'imposta di ricchezza mobile, i contraenti nelle tasse di registro, e così via, e non si cura affatto delle convenzioni private con cui questi volessero addossare ad uno quest'onere o ne convenissero in alcun modo il reparto.

Queste convenzioni peraltro restano efficaci *inter partes*, dando luogo ad azioni di rimborso e di rivalsa fra i paciscenti, ma non hanno alcun valore di fronte al Fisco che rimane estraneo. Questa

¹⁾ In tal caso il contratto è valido, perchè il divieto legislativo non va contro l'effetto giuridico, ma si riferisce alle condizioni e circostanze esterne che toccano il negozio nella sua esterna conformazione. Perciò non sarebbe neanche nullo un contratto steso su carta non bollata, oppure scritto con penna rubata su carta rubata, ecc. (Vedi KOHLER, op. cit., S. 231).

²⁾ BÄHR, nella *Kritische Vierteljahrsschrift*, Bd. 31, 315.

decisione è confortata dall'autorità delle fonti: fr. 42 D. *de pact.* « Inter debitorem et creditorem convenerat ut creditor onus tributi praedii pignorati non adgnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret: talem conventionem quantum ad fisci rationem, non esse servandam, respondi. *Pactis enim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit* ». Papin. L. 17 *Respons.*

Invece è un'esagerazione il voler dichiarare anche nullo il patto fra i privati, come fu deciso più tardi all'epoca imperiale (c. 2 Cod. IV, 47).

La nostra giurisprudenza si è dovuta pronunziare più volte sulla questione decidendo correttamente nel modo indicato.

92. Leggi sulla sanità pubblica. La conservazione della società, oltre la difesa esterna ed il suo fisico mantenimento mercè i tributi e le prestazioni dei cittadini, richiede altresì che si provveda alla sanità pubblica. Così abbiamo delle leggi sanitarie che impongono certe prescrizioni e stabiliscono certe misure e cautele, le quali, come non possono essere trasgredite dai privati, così non è dato ad essi di conchiudere dei negozi aventi per oggetto la loro trasgressione.

Un testatore ordina al suo erede di non esser seppellito, ma che il suo cadavere sia gettato all'aria ed ai venti in un terreno di sua proprietà. Questo comando è inefficace, perchè contrario alla legge sanitaria che impone per motivi d'igiene pubblica l'inumazione dei cadaveri o quanto meno la cremazione di essi. Invece la volontà dichiarata in un testamento o la condizione apposta di esser cremato, è perfettamente valida. La legge ha oggi troncato ogni discussione al riguardo (art. 59 Legge Sanitaria 22 dicembre e Regolamento di Polizia Mortuaria del 1892).

In tempo d'epidemia una convenzione d'importare segretamente delle merci provenienti da luoghi infetti, sfuggendo alle stazioni di contumacia o di quarantena prescritte, sarebbe nulla. Non potrebbe neanche dubitarsi dell'inefficacia di una società di panificazione urbana, costituita segretamente allo scopo di fabbricare o mettere in vendita pane sofisticato con sostanze estranee, vietate dai Regolamenti municipali.

È stata decisa anche la nullità di una società costituita per la produzione e spaccio di un rimedio segreto proibito dalla legge ¹⁾.

¹⁾ Paris, 15 juin 1838 (DALLOZ, *Rép.*, v. « *Obligation* », n. 586.

93. *Leggi sulla Pubblica Beneficenza.* Non possono i privati in alcun modo mettersi in opposizione con le leggi con cui è regolata la beneficenza pubblica, sia in ordine alla sua amministrazione, sia riguardo alla vigilanza e tutela che è imposta sulle opere pie, al fine che dalla carità cittadina si ritraggano i maggiori frutti, e che questa risponda alle idee ed alla coscienza dei tempi moderni. Quindi se un testatore fondasse un istituto di carità, prescrivendo che non vi fosse alcuna amministrazione, ma che l'erogazione delle rendite fosse rimessa alla volontà di un individuo, senza controllo nè rendiconto di sorta, o che l'istituzione fosse sottratta alla tutela amministrativa, tale prescrizione sarebbe inefficace ¹⁾. Così pure, se un testatore nella fondazione di un'opera di beneficenza chiamasse a far parte dell'amministrazione delle persone che sono escluse per legge (Legge sulle opere pie, 17 luglio 1890, art. 11) o fondando una istituzione elemosiniera disponesse che questa non fosse concentrata nella Congregazione di carità (art. 54 e 56 leg. cit.), oppure se nelle tavole di fondazione fosse disposto che l'ente istituito non dovesse mai essere assoggettato a trasformazione o mutamento dello scopo per cui fu creato (art. 70). Invece è sicuro che nonostante il divieto del testatore, se all'ente venisse a mancare il fine o questo non corrispondesse più ad un interesse di pubblica beneficenza, esso sarebbe soggetto a trasformazione. Tale p. es. un'istituzione di doti per monacazione, od una fondazione per carcerati od un ospizio dei catecumeni.

Ma per non insistere più oltre in questi esempi, basta riferirci al principio generale formulato legislativamente all'art. 103 leg. cit.: « Le private disposizioni o convenzioni le quali vietino alle pubbliche autorità di esercitare sopra le istituzioni di beneficenza la tutela o la vigilanza, autorizzate od imposte dalla presente legge, e le clausole che da tale divieto facciano dipendere la nullità, la rescissione, la decadenza o la riversibilità, *saranno considerate come non apposte e non avranno effetto.* Questa disposizione si applica ai divieti ed alle clausole di nullità, rescissione, decadenza o riversibilità, dirette ad impedire le riforme amministrative, la mutazione del fine ed i raggruppamenti preveduti dalla presente legge ».

¹⁾ App. Bologna, 2 agosto 1880: La condizione apposta dal testatore ad una fondazione di beneficenza in forza della quale la fondazione stessa debba esser libera ed indipendente da qualunque autorità, è una condizione *contra legem* e si ha per non apposta.

94. Fra le leggi intese a promuovere il miglioramento intellettuale della nazione ricorderemo quelle che si riferiscono all'*Istruzione Pubblica*. Quindi, anche una deroga con cui si volesse render fallito lo scopo per cui tali leggi sono ordinate, sarebbe contraria all'ordine pubblico. Un caso singolare di questa specie si presentò al Tribunale di Catania.

Con R. decreti 10 ottobre 1872 e 31 agosto 1873 era stata elevata a corpo morale la pia fondazione Rosario Currò. Contemporaneamente per gli stessi decreti fu istituito un posto di studio o premio scolastico nell'Università di Catania per annue L. 500, da conferirsi a quello dei giovani poveri che avesse negli esami ottenuto un determinato numero di punti e si fosse distinto per assiduità e moralità di costumi. Nel concorso del 1880 il premio fu attribuito a Francesco Raja. Intanto uno dei concorrenti vincitori degli anni precedenti mosse lite a quest'ultimo, avanzando delle immaginarie pretese che furono respinte dal Tribunale. Ma egli fece appello, così che per troncare il giudizio si venne ad una transazione fra il Raja ed il suo competitore litigante. Mercè scrittura privata del 2 aprile 1881 il primo si obbligava di corrispondere all'altro la metà non solo del premio di quell'anno, ma pure di quelli che avrebbe potuto conseguire negli anni successivi.

Sorte nuove contestazioni, il Tribunale di Catania con sentenza 7 marzo 1883 ritenne nulla tale convenzione, come tendente a menomare la gara pel conseguimento dei premi scolastici.

Il Tribunale considerò ¹⁾: Basta leggere gli indicati R. decreti per convincersi che il premio scolastico istituito, se ha in mira di agevolare da una parte qualcuno degli studenti bisognosi, ha dall'altra per oggetto di promuovere la gara fra gli stessi, in modo che possa sorgere dalla contenzione un incremento agli studi e quindi un aumento nel sapere che è patrimonio di tutta la nazione.

Ma è altrimenti d'ordine sociale sotto l'aspetto del conferimento agli studenti poveri, imperocchè l'ingegno accanto alla povertà raramente può avere quegli slanci che avrebbe se provvisto di sussidi. Quindi, se quella convenzione menoma l'impulso e menoma il sapere, evidentemente è fornita di causa illecita, e contraria all'ordine pubblico.

95. Un altro campo del diritto pubblico è il *Diritto penale*. La

¹⁾ Legge, 1883, II, 202.

società è interessata a che le violazioni dei diritti dei cittadini vengano represses e si ristabilisca quella sicurezza giuridica che fu momentaneamente turbata in seguito alla lesione.

Il delitto produce un doppio danno: danno privato e danno sociale, e se il primo può esser oggetto di contratto fra le parti (1766) il secondo invece, meno casi eccezionali ¹⁾, deve sempre avere una solenne riparazione che valga a soddisfare la coscienza giuridica offesa ²⁾. Questa riparazione che la società nell'interesse pubblico impone è la pena, a cui non è lecito sottrarre il colpevole mercè rinunzie o transazioni fra l'offeso ed il reo. La pena oggidì ha carattere pubblico: non è più la vendetta privata o la delegazione della vendetta alla società, ma è l'affermazione della giustizia sociale che colpisce il reo come violatore della pubblica sicurezza giuridica. Al tempo delle monarchie in Francia, come attualmente nel diritto punitivo inglese, restava come vestigio del carattere privato della pena la necessità per dar movimento all'azione penale dell'accusa privata, ma oggi nel diritto penale europeo, anche questo ricordo è sparito ed è proclamato generalmente il principio della persecuzione ufficiale dei reati, mediante l'istanza pubblica. Si è fatta eccezione soltanto per taluni, in cui è necessaria la querela di parte, o perchè l'interesse violato è strettamente personale-patrimoniale (es. ingiurie, appropriazione indebita) o per motivi di decoro e di pace nelle famiglie (reati contro l'onore).

Adunque secondo il nostro diritto, se può rinunziarsi o transigersi sull'azione civile di risarcimento di danni che scaturisce dal reato, non può divenire oggetto di contrattazione l'azione penale che ha carattere pubblico ³⁾.

Quindi il patto *ob non instituendam accusationem criminis* o con cui alcuno promettesse l'occultamento di un reato non potrebbe valere: *ne publica coercitio privata pactione tollatur* (5 D. 23, 4). Vedi anche L. 9 C. VIII, 88.

Debbo però confessare con dispiacere che questi principi non sono accolti pacificamente dalla giurisprudenza, la quale ha spesse

¹⁾ Nei reati d'azione privata, e salvo che non si vada contro un divieto dei *boni mores*. V. retro n. 82.

²⁾ KOHLER (*Archiv für bürgerl. Recht*, V, S. 206): « Perciò sono nulli i contratti che mirano ad impedire i giudizi penali, specialmente i contratti di favoritismo o quelli per cui uno invece di un altro deve soffrire la pena ».

³⁾ V. HASENÖHRL, *Oesterr. Obligationenrecht*, I S. 431 i. « Der Vergleich über von Amtswegen zu ahndende strafbare Handlungen kann sich nur auf die Entschädigung beziehen ».

volte ritenuto potersi rinunciare mercè un corrispettivo a muovere querela, anche per un reato d'azione pubblica.

Ricorderò un caso che diede luogo ad una sentenza, per me inesatta, della Corte d'Appello di Torino ¹⁾.

Un certo Luigi S. la sera del 18 settembre 1875 rilasciò un bianco segno per L. 14,600 al direttore della Banca di Vercelli, dietro la promessa che questo assunse di rinunciare a qualsiasi procedimento per falso contro un suo cognato Pietro M., ed anzi di annullare certi effetti cambiari falsificati che questi aveva rilasciato.

La Corte ritenne tale obbligazione lecita, considerando come non essendo l'offeso obbligato a dar querela per un reato d'azione pubblica, poteva egli disporre e contrattare su questo diritto: « Nel modo stesso che uno può rinunciare a muovere una lite civile o troncata ad essa il corso mediante transazione, così deve esser lecito quando trattasi di querela che potrebbe esso dare per un reato, tuttavolta che si creda abbastanza cautelato pel danno che avrebbe potuto risentire ».

Il paragone non mi pare calzante, perchè diverso è il caso di un'azione civile d'interesse privato, da quello d'una azione penale pubblica: in tale reato il danneggiato non è solo l'offeso, ma è anche la società, ed impedendo a questa di colpire il reo, e di agire per la repressione del torto, si deroga ai principii fondamentali del diritto pubblico.

96. Diritto processuale o giudiziario. — Sarebbe nulla ogni convenzione che tendesse a recedere dalle norme stabilite dal diritto giudiziario imperativamente (L. 27 D. *de R. I.*). Possono però trovarsi anche in tema di procedura delle disposizioni d'interesse privato, cui è lecito alle parti derogare ²⁾.

Sarebbero nulle come contrarie ad una disposizione d'ordine pubblico le modificazioni che si volessero introdurre nei procedimenti stabiliti per lo svolgimento delle azioni, o le deroghe contrattuali alle regole sulla competenza per materia e valore, ecc. ³⁾.

Dove sorge qualche dubbio è in ordine alle restrizioni conven-

¹⁾ App. Torino, 25 marzo 1879 (*Giur. Tor.*, 1879, 428).

²⁾ BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (*Archiv für civil. Prax.*, Bd. 64).

³⁾ Invece è lecita la rinuncia alla competenza per territorio ammessa nell'esclusivo interesse dei litiganti, come anche a tutti gli altri atti giudiziari, che come dice l'ALCIATO (*Cod. Comm. de pactis*, pag. 232): « *favore privato* introducti sunt, ut dilaciones, interrogationes, non qui substantiam iudicii respiciunt ».

zionali relativamente ai mezzi di prova. Il Bülow ritiene tali patti leciti, specialmente nei contratti d'assicurazione, in cui, nell'ipotesi e previsione di un giudizio coll'assicurato, si limitano ad alcuni i mezzi d'accertamento di un dato fatto. Quest'opinione però a me sembra non conforme ai principî del diritto probatorio, il quale per un interesse pubblico impone che il giudice secondo i casi si serva di tutti i mezzi per accertarsi delle ragioni dei litiganti e decidere secondo giustizia. Il limitare la prova è un precludere la via alla verità, all'affermazione del diritto, strozzando la difesa e rendendo questa anche talora impossibile ¹⁾.

Trovo nella giurisprudenza alcuni esempi al riguardo.

In un contratto di locazione di un fondo rustico si era pattuito che alla fine della locazione un ingegnere avrebbe pronunziato sui miglioramenti o deterioramenti apportati al fondo locato, e che secondo questo giudizio ognuno avrebbe dovuto rivalere l'altro del rispettivo debito. Il perito però non era nominato arbitro. Pronunziata la perizia, questa fu impugnata, ma dall'altro si oppose che l'azione d'impugnamento era inammissibile, e che non poteva procedersi ad alcun altro mezzo di prova, perchè fu da entrambi i contraenti implicitamente rinunziato. La Corte di Torino ²⁾ giudiziosamente ebbe a rilevare che le parti non possono per convenzione e prima del giudizio rinunziare alla difesa ed alla prova contraria, perchè non havvi giudizio senza facoltà di difendersi.

« Attesochè le prove sono il mezzo legittimo col quale i litiganti fanno fede in giudizio delle loro ragioni e per cui il giudice acquista i criteri di fatto necessari alla decisione della causa. Che queste prove sono determinate espressamente dal codice. Che non potevano per conseguenza le parti limitare con patto i mezzi di convinzione, ed imporre una legge alla convinzione del giudice.... Rigetta.

Analogamente decideva la Cassazione di Roma ³⁾: « Le parti possono convenire nel contratto una data specie di prova per l'accertamento di un fatto, ma questa convenzione *non esclude* l'uso degli altri mezzi di prova che la legge fornisce ». Nel caso si trattava d'una limitazione di prova per accertare le contravvenzioni, inserita in un capitolato per l'illuminazione a gas tra un Comune ed una Società.

¹⁾ Vedi in questo senso WACH in *Archiv f. civil. Prax.*, Bd. 64, S. 228, e LESSONA, *Prove*, I, 44.

²⁾ Sentenza 1.º aprile 1871 (*Giur. Tor.*, VIII, 257).

³⁾ Sentenza 28 marzo 1876 (*Legge*, 16, I, 630).

97. *Violazione dell'ordine pubblico nel diritto privato.* — Le norme dettate imperativamente dalla legge per un interesse generale sono di svariata natura, così che riesce difficile farne un quadro completo. Tuttavia noi cercheremo di raggrupparle in unico organismo, prendendo a guida lo scopo per cui sono regolati i rapporti sociali. Questo scopo consiste principalmente nel mantenimento della sicurezza giuridica dei consociati, cioè nell'assicurazione dei diritti degli individui e nel loro effettivo ed inviolato esercizio.

A questo obbietto la legge anzitutto *determina o riconosce i diritti individuali e la possibilità nella persona di operare come subbietto giuridico, stabilisce poi le norme e condizioni per la nascita e lo svolgimento dei diritti, impone delle sanzioni civili per la loro violazione.*

Abbiamo dunque un triplice ordine di norme dettate nel pubblico interesse:

A) Il primo gruppo attribuisce o dichiara nell'individuo certi poteri. Questi poteri hanno origine diversa e competono all'individuo taluni come *uomo*, e sono i diritti assoluti o della personalità, altri come *persona*, e si riassumono nella sua capacità giuridica e nel suo stato, secondo che il subbietto si considera o in sè stesso o in rapporto all'ambiente in cui vive, altri come *cittadino*, e sono i diritti politici. Questi diversi poteri, che appartengono all'individuo e sono inerenti alla sua persona, sono indisponibili ed inalienabili, poichè essi sono i mezzi necessari per svolgere la propria personalità ed attività giuridica e politica nell'ambiente sociale.

B) Un secondo gruppo di disposizioni ordinano le condizioni e forme per la nascita e l'esercizio dei diritti e il modo d'estinzione e decadenze di essi: questa materia è anche d'ordine pubblico ed inderogabile dai privati.

C) Infine interessa all'ordine sociale la repressione di ogni violazione giuridica e quindi la certezza di una sanzione contro i violatori, ed abbiamo il terzo gruppo di principî d'ordine pubblico che impone l'obbligo di risarcimento delle azioni dannose e l'inefficacia giuridica di ogni negozio contrario alla legge.

98. A) *Diritti degli individui.*

Dobbiamo anzitutto fare un'osservazione preliminare. Questi diritti essendo connessi originariamente colla persona umana ed essendo quindi inalienabili non possono formare oggetto di contratto, e colui che si proponesse di sottomettere alla sua podestà e concretare a suo vantaggio uno di questi attributi, si proporrebbe certamente una cosa giuridicamente impossibile. Ma come può accadere nel commercio che si stipolino delle convenzioni di questa fatta,

così l'interprete deve anche esaminare queste manifestazioni contrattuali, che colla loro esistenza materiale, se non violano, pure tentano violare l'ordine giuridico.

I. Dritti assoluti o inerenti alla personalità ¹⁾.

a) *Diritto all'esistenza*. — L'uomo nascendo acquista per il fatto stesso della nascita il diritto di vivere e di conservare la integrità del suo organismo. Ma della sua vita egli non può disporre o farne oggetto di contrattazione, perchè questa vita non gli appartiene intera, ma la società tutta vi ha diritto ²⁾. Nella giurisprudenza romana colui che locava la propria opera per combattere colle belve feroci incorreva nella pena d'infamia, ma non si sa se la locazione era nulla e se il conduttore avesse potuto costringere l'obligato alla prestazione. Nel diritto moderno non è dubbio che una tale obbligazione sarebbe inefficace. Qui sono da annoverarsi i contratti conclusi da *toreros* per combattere nel circo con tori infuriati, o gli impegni assunti da domatori di fiere per esporsi ad esercizi pericolosi o le promesse fatte da un areonauta di fare un'ascensione in un pallone non frenato o di un digiunatore di restare lungamente senza mangiare o di un fachiroy indiano di lasciarsi seppellire vivo per essere dissotterrato dopo molto tempo. In tutti questi casi può l'individuo prestarsi spontaneamente e per libera concessione, ma non esservi costretto giuridicamente, e quindi non esser passibile di risarcimento la sua inadempienza. In questo gruppo rientrano anche le scommesse che hanno per oggetto una prestazione rischiosa della vita ³⁾. Tanto più dovrebbe dirsi inefficace un'obligazione al

¹⁾ Intorno alla teoria ed alla letteratura su questo interessantissimo argomento, vedi FADDA e BENZA, Note alla traduzione delle *Pandette* di WINDSCHEID, p. 605 seg. e 633 seg., ed il bello studio del RAVÀ, *I diritti sulla propria persona* (*Riv. per le scienze giur.*, XXXI, fasc. 3, e XXXII, fasc. 1 e 2).

²⁾ L'obbiezione fatta dal Savigny alla teoria del Puchta che ammettendo dei diritti sulla propria persona si dovrebbe riconoscere un diritto al suicidio, non ha valore, per ciò che riconoscendo che l'uomo possa disporre di sè non è tolto che l'ordine giuridico non possa limitare nell'interesse della generalità questo potere su sè stesso. Egualmente deve dirsi per il diritto di mutilazione, di onanismo, ecc.

³⁾ Nell'antico diritto germanico in cui si aveva un rigido concetto dell'autonomia individuale e si considerava l'uomo come assoluto padrone di sè stesso — *selpmant* — erano riconosciute le scommesse e le partite di giuoco che avessero per oggetto la vita o la libertà del giuocatore. Si cita al riguardo la testimonianza di Tacito e di S. Ambrogio, ed un ricco stuolo di tradizioni e leggende nordiche. Così pure il debitore poteva vincolare a garanzia delle sue obbligazioni il corpo o le sue membra, e quindi impegnare un braccio od un occhio o i capelli, ed il creditore aveva diritto in caso di mancato pagamento ad ottenere la cosa impegnata, e quindi a strappare la carne al suo debitore od ac-

suicidio contratta in vista di un'ingente fortuna che venisse poi ad arricchire gli eredi.

Ma sono valide le assicurazioni per il caso di morte volontaria dell'assicurato, poichè qui l'obbietto e lo scopo della convenzione non è di spingere direttamente alla morte, ma è la prestazione di una somma, mercè il pagamento periodico di un premio, condizionata all'avvenimento incerto della morte dell'assicurato (art. 450 cod. comm.).

Un'applicazione forse ardità del principio della nullità dei negozi contrari al diritto all'esistenza ed integrità personale, io farei al contratto di locazione d'opera conchiuso da operai, quando siano impiegati in un lavoro pericolosissimo (fabbrica di dinamite, di cotone fulminante) o micidiale (lavoro con miasmi velenosi, così nella preparazione dell'acido prussico, del solfato di rame) e quando dall'industriale non siano posti in opera tutti i mezzi e le precauzioni necessarie per prevenire i disastri o rendere meno insalubre e nocivo il lavoro. L'operaio, anche contratta l'obbligazione di rimanere per un certo tempo in quell'officina, potrebbe spezzare l'impegno e rifiutarsi ad andar contro alla certezza della morte od al logoro distruttore delle sue forze e della sua salute.

99. b) *Diritto sul proprio corpo.* — È questa una delle questioni più gravi della dottrina, sulla quale io dirò in poche parole il mio modo di vedere ed in quanto interessa ai fini del mio studio.

Il corpo si può considerare come l'estrinsecazione fisica della personalità umana, come l'involucro materiale in cui quella si sostanzia. E poichè la personalità è essenzialmente libera e sottratta ad ogni esterno dominio ed incompatibile con alcun vincolo, anche il corpo non può divenire oggetto di diritto ed esser vincolato ad alcuno. Come un terzo non può acquistare diritti sulla nostra persona spirituale, così neanche sulla nostra persona corporea, che è sempre un aspetto della personalità ⁴).

Quindi è nulla ogni convenzione per cui un ammalato si obbliga di subire una data operazione chirurgica o di assoggettarsi ad una determinata cura medica, o di rimanere in uno stabilimento di sa-

ccarlo o recidergli la capigliatura, ciò che presso i Germani era considerato come grave disonore. Ad origine nordica pure si ricollega la leggenda dell'ebreo *Shylock* che presta il denaro ad un mercante col patto di strappargli una libbra di carne, se non restituirà la somma mutuata, e che fu la tela del noto dramma *Il Mercante di Venezia*, illustrato giuridicamente dal KOHLER nel suo studio: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.*

¹) FADDA e BENZA, Traduzione delle Pandette di WINDSCHEID, I, p. 609 e seg.

lute fino a completa guarigione ¹⁾. Egli può consentire bensì spontaneamente a tale trattamento del suo corpo, ma non esservi costretto in modo alcuno.

È nulla anche ogni convenzione avente per oggetto una determinata parte del corpo umano od organo di esso. Così la vendita di unghie non staccate, o di capelli e trecce di capelli non tagliati e quindi non divenuti commerciabili ²⁾. Invece collo staccamento, spezzandosi quel legame che univa la parte staccata alla nostra persona, quella perde anche il carattere di appartenenza all'organismo umano, e diventa un oggetto qualunque, capace di proprietà ³⁾, e che ricade nel nostro patrimonio. Si può concepire che cessata la destinazione assoluta di quel membro di essere parte del nostro io materiale, quello rientra nella nostra proprietà privata (arg. 429).

L'uomo nel libero svolgimento della propria personalità può disporre *mortis causa* anche del suo corpo, per quando avrà cessato di vivere, sia lasciando il suo cadavere ad un'anatomia, od ordinandone la cremazione o la inumazione in un dato modo o positura o luogo. È però immorale una vendita a scopo di lucro del proprio corpo, poichè sarebbe un'offesa rivoltante alla personalità umana il sapersi vivo già venduto ed appartenente a qualcuno.

Nel primo caso si ha una libera concessione revocabile, nell'altro un'obbligazione coattiva permanente, la quale è incompatibile col diritto assoluto dell'uomo sulla propria personalità corporea.

Colla morte però la personalità si estingue ed il cadavere diventa una *res* ⁴⁾; il corpo umano che non fu oggetto di proprietà vivo, cade nel dominio dell'erede ⁵⁾, il quale però può disporre se-

1) ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts, Einführung*, S. 439, nota d). Vedi pure OPPENHEIM, *Das ärzt. Recht zu körperl. Eingriffen an Kranken u. Gesunden*, 1892.

2) DERNBURG (*Das bürgerliche Recht*, III, § 1, n. 5) ritiene anche fuori commercio, e perciò nulla, la vendita che si facesse di oggetti incorporati al subbietto giuridico, così gambe artificiali, occhi artificiali, dentiere, parrucche, ecc. Questa opinione è inesatta, perchè queste cose, temporaneamente destinate all'uso del corpo umano, restano però separate e separabili da esso e conservano un'individualità distinta. L'essere questi oggetti sottratti al pignoramento ed alle azioni dei creditori può spiegarsi per ciò che in generale sono impignorabili gli oggetti essenzialmente necessari al debitore.

3) DERNBURG, *Pandekten*, I, 69.

4) DERNBURG, loc. cit.: « *Der Leichnam ist Sache* »; HOFMAN, *Gerichtsärztliche Sprache*, S. 8: *Leiche ist eine Sache von Menschengestalt* ».

5) BEKKER, *Pandekten*, I, § 77. Questo punto è controverso. I più degli scrittori sostengono che il cadavere è una *res nullius* e che il diritto che hanno gli

condo la sua destinazione normale, consegnandolo al riposo della tomba. Tuttavia da questo suo diritto derivano importanti conseguenze: l'erede può consentire l'autopsia del cadavere, è libero di destinare il luogo e modo di sepoltura, può fare trasportare il cadavere da un sepolcreto all'altro¹⁾. Però il rispetto dovuto alla memoria del defunto, ed il culto e la venerazione dovuta alla sua spoglia mortale impediscono ogni altra disposizione che offenda il sentimento di religiosità e di morale dei cittadini. Così il cadavere è una *res extra commercium* per imposizione dei *boni mores*²⁾. Quindi sarebbe nulla la vendita che ne facesse l'erede ad una clinica per l'accrescimento dell'asse *relictio*.

Tuttavia si riconosce che il corpo morto può divenire oggetto di proprietà, quando è destinato, o per volere del titolare od in virtù di legge, ad esperimenti scientifici; così un'anatomia può possedere un cadavere e cederlo ad altri sempre per tale scopo, e quindi è ammissibile un furto di cadavere da un gabinetto anatomico³⁾.

È ammessa pure la disposizione dei corpi morti, quando per lunga e secolare durata abbiano perduta quasi l'impronta d'umanità, ed assunta una forma specifica diversa; così è riconosciuto nel diritto comune il commercio degli scheletri, delle mummie, delle reliquie⁴⁾.

La vendita a scopo di lucro del feto umano deve equipararsi alla vendita del cadavere e dirsi nulla come immorale.

100. e) Diritto alla libertà. — L'uomo è libero, signore di sé stesso, egli non riconosce in alcuno il diritto di costringerlo nel

eredi di disporre circa il seppellimento si spiega per l'interesse altissimo morale della famiglia. Vedi FADDA, *Traduzione annotata di Windscheid*, disp. 17, p. 613, e gli autori ivi citati.

¹⁾ Cosicché nel caso che l'erede prossimo di sangue sia assente o sconosciuto ed il cadavere è riposto a cura d'un parente più lontano in una sua tomba, io ammetterei la *rei vindicatio* dell'erede più prossimo per far trasferire il cadavere nella sua tomba di famiglia. Io credo, p. es., che il padre ha bene il diritto di reclamare il corpo del proprio figlio, che è cosa sua, ed escludere chiunque altro estraneo.

²⁾ UNGER, *System*, I, § 46, n. 28; WAPPÄUS, *Zur Lehre v. den dem Rechtsverkehr entzogen. Sachen*, S. 48; GABBA (*Foro ital.*, 1885, I, 1259).

³⁾ BINDING, *Handb. des Strafrechts*, I, S. 707; RUDORFF, *Das Recht der Vormundschaft*, S. 411, 2; WAECHTER, *Pandekten*, I, § 60, *Beil.*, I; KRAMER, *Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper*, S. 46.

⁴⁾ CRAMER, *Die Behandlung des menschl. Leichnams*, S. 20; RANDA, *Der Besitz* § 10, nota 4 b); GOLDSCHMIDT, *Handb. des Handelsrechts*, B. II, § 60 nota 3 d).

suo dominio e di assoggettarlo al suo potere; la personalità umana suppone necessariamente autonomia e libera determinazione di volontà.

È nulla quindi ogni convenzione relativa alla tratta dei negri o tendente a ricostituire in alcun modo la servitù ¹⁾, così un vincolo contrattuale per cui alcuno si mettesse in permanente, indissolubile e quasi servile dipendenza di un'altra persona ²⁾. Già abbiamo visto la nullità della locazione della propria opera in perpetuo. Sarebbe anche inefficace un'obbligazione contratta dal debitore di ridursi a discrezione del creditore per il caso di mancato pagamento, sottoponendosi ad una penale, qualora si rifiutasse di assoggettarsi alla podestà dello stipulante.

Un'estrinsecazione del diritto di libertà è la facoltà di muoversi, la quale non può neanche essere impedita.

L'uomo è un essere per eccellenza mobile. Egli ha bisogno di moto, di aria, di luce, la sua vita è un continuo andirivieni, un accorrere dove il desiderio lo chiama o la necessità lo sospinge, un ritornare, un partire: il moto è per lui non solo condizione della sua esistenza economica, ma elemento di educazione e di coltura, onde il volerne costringere la vita in un luogo determinato, il volerlo condannare ad un esilio perpetuo dal resto dell'umanità, sarebbe un dimezzarne la vita, un renderlo un essere vegetante ed inerte.

Ed è perciò che in tutti i tempi è stata ritenuta come gretta ed intaccante la personalità umana la condizione di dimorare in un luogo determinato. Così nel diritto romano ³⁾, come nel diritto intermedio ⁴⁾, come anche nel diritto nostro ⁵⁾. In questo caso la condizione è riprovata, perchè il fatto del dimorare sempre in un luogo, essendo un sacrificio della personalità, e quindi obbiettivamente illecito, non può incitarsi il legatario a sottomettersi.

Nè credo esatta l'opinione di coloro che subordinano la validità della condizione ad un interesse morale od economico che vi è connesso, come quello di dedicarsi all'insegnamento e di dettar lezioni

¹⁾ MYER, *Federal Decisions*, VIII, § 650.

²⁾ ENDEMANN, *Op. cit.*, S. 438, nota b).

³⁾ L. 71, § 2, D. 35, 1: « Titio centum relicta sunt ita: *Ut a monumento meo non recedat vel ut in civitate domicilium habeat. Potest dici non esse locum cautioni per quam ius libertatis infringitur* ».

⁴⁾ Cfr. GOTHOFREDUS, *ad. tit. de instit.* « iniquas esse institutiones quibus parentes certi loci incolatum seu domicilium liberis iniungunt ».

⁵⁾ FURGOLE, VII, 2, 103; DEMOLOMBE, 18, 270; TROPLONG, I, 252; LAURENT, XI, n. 442; RICCI, II, 331.

da una cattedra nel luogo designato, o di gestire un'azienda, od un'industria già impiantata: perchè qualunque di questi scopi non giustifica mai un sacrificio così sconfinato della personalità cui si vuole indurre, nè d'altra parte rende necessario questo paralizzamento e localizzazione dell'attività umana, potendo uno benissimo esercitare un'industria o professione od insegnamento in un dato luogo, senza perciò esser confinato ivi ad un domicilio coatto. Quindi nella condizione: Lego a te mille se tu dimorerai sempre qui, ove insegnerai astronomia in questo osservatorio, la condizione resta purificata della costrizione illecita della dimora, ma rimane valida per ciò che riguarda il fatto dell'insegnare astronomia. Vuol dire che questo insegnamento darà sempre il modo e la possibilità all'onorato di viaggiare e di muoversi a sua voglia e non soffrire un inceppamento così assoluto della libertà individuale¹⁾. Quando però la condizione di dimorare in un luogo non è così esclusiva ed illimitata od importa soltanto la fissazione del domicilio, allora non si può considerare ch'essa offenda la libertà umana e quindi deve reputarsi lecita.

Questo giudizio è rimesso al savio apprezzamento del giudice. Così, mentre è stata riconosciuta nulla la condizione apposta in un testamento sotto pena di decadenza e di devoluzione dall'eredità, di fissare il domicilio e la dimora per tutta la vita in un dato villaggio, con divieto di non mai starne lontano più di due mesi per ciascun anno²⁾, è stata dichiarata valida la condizione imposta all'eredità di tenere il domicilio reale in un determinato luogo, e di recarvisi un giorno d'ogni mese, libero per altro l'eredità di abitare dove meglio gli convenga³⁾.

Anzi una benevola giurisprudenza tende ad interpretare la condizione di dimora come semplice condizione di domicilio, e quindi a ritenerla valida, dando ad essa quest'altro senso più largo e più liberale.

¹⁾ Il RICARD[†] che è della schiera di quelli che giudicano lecita la condizione di fermare il domicilio in un luogo quando concorra una pubblica utilità o lo scopo onesto del disponente, esclama (*Disp. cond.*, n. 285): « E se una liberalità si facesse a donna di sregolati costumi, a condizione di doversi ritirare in un convento per strapparla ai suoi disordini, non sarebbe pur questa una morale ed esemplare condizione? » Rispondo: Moralissima nello scopo, ma obbiettivamente e giuridicamente illecita, volendo indurre ad un sacrificio della libertà, che l'ordine sociale è costretto ad impedire.

²⁾ C. Torino, 3 luglio 1874 (*Ann.*, IX, 1, 129).

³⁾ C. Napoli, 22 giugno 1874 (*Ann.*, VIII, I, 459).

Così la Cassazione di Torino ¹⁾: « L'obbligo di abitare in un dato luogo implica bensì la fissazione del focolare domestico e la dimora abituale, ma non la condizione di un domicilio coatto al punto di non potersene mai dipartire in qualsiasi stagione, per qualsiasi tempo, per qualsiasi occasione, comunque si ritornasse abitualmente all'abitazione consueta. Perciò la condizione di abitare in un dato villaggio o città non si dovrà avere in massima generale come non apposta, ma la sua efficacia dipenderà nei singoli casi dalle clausole del testamento e dalle circostanze ».

La liceità della condizione di dimora, intesa sempre come condizione di domicilio e come una parziale limitazione della libertà, è stata sostenuta nel diritto nostro da valenti autori. Ricordo il Pacifici-Mazzoni ²⁾, il Saredo ³⁾, il Gabba ⁴⁾, il DIALTI ⁵⁾, il quale ultimo scrive: « La perpetuazione della propria famiglia e del proprio casato, il lustro, il decoro, il vantaggio della patria, l'esplicazione dei diritti amministrativi e politici, tutto può avere influito nell'animo del testatore per fare all'onorato una condizione *sine qua non* di stabilire il domicilio legale nel luogo indicato, e non c'è ragione di negare efficacia a questo desiderio » ⁶⁾.

Lo stesso criterio deve seguirsi per la condizione di convivere o di abitare con una persona determinata: *si a liberis non discesserit* (72, § 1 D. 35, 1).

Nel diritto romano questa condizione era reputata valida, anzi era accordato il beneficio della *cautio Muciana*. Un esempio s'incontra alla L. 30, § 5 D. *de leg.*, III, in cui un marito lega alla moglie duecento, finchè essa resterà a Capua col figlio: *dum cum filio meo Capuae erit*.

¹⁾ Sentenza, 16 febbraio 1878 (*Ann.*, 1878, 177).

²⁾ *Successioni*, III, n. 124.

³⁾ *Legge*, 1873, 111.

⁴⁾ *Bettini*, 27, I, 316.

⁵⁾ *Gazz. Proc.*, XVII, p. 87.

⁶⁾ Una delle ragioni principali per cui si ordinano le condizioni di dimora in un dato luogo è per continuare il fasto ed il lustro di un nobile casato. Vedi un esempio recente nella decisione A. Macerata, 21 ottobre 1898 (*For. it.*, 1899, I, 112). Rosa Fantini Buscalferri, dopo aver nominato nel suo testamento erede usufruttuario il nipote don Teodoro, istituiva eredi proprietari i suoi altri nipoti colle seguenti parole: « Mei eredi proprietari colla mia propria bocca e viva voce istituisco, nomino e voglio che siano i figli maschi nati e nascituri dal matrimonio di Orinzia Benigni con Giuseppe Buscalferri mio nipote, colla condizione però che dentro sei mesi dalla morte del detto canonico don Teodoro debbano venire a stabilire il loro domicilio e dimora a S. Anatoglio, e tirare avanti l'antica casa e primaria famiglia Buscalferri, e non altrimenti ».

Nel diritto moderno la condizione deve ritenersi lecita quando sia limitata nella durata: così se fosse imposto ad una madre di convivere coi figli sino alla loro maggioretà, o a due fratelli fino al passaggio al matrimonio di uno di essi, o ad un servo di convivere col suo vecchio padrone, o ad una persona per assistere o curare un infermo, ecc. ¹⁾ Ma la condizione dovrebbe reputarsi nulla, quando volesse indurre ad uno stato di soggiogamento e vincolo della personalità umana, per cui taluno dovesse per tutta la sua vita abitare insieme forzatamente con un altro, come il galeotto incatenato in perpetuo col suo compagno di prigionia ²⁾.

Ma in questo caso della condizione di convivenza può succedere l'ipotesi inversa di quella della condizione di non mutar domicilio, quando la persona con cui si deve coabitare cambi continuamente dimora. Dovrà l'onorato accompagnare il nomade suo compagno in tutti i suoi continui pellegrinaggi, che gli piacerà fare? L'ipotesi è stata contemplata in un responso di Scevola (13, § 1 D. 33, 1).

Un testatore istituì erede la moglie, aggiungendo questa disposizione: Voglio che il mio erede dia ai miei liberti dodici denari all'anno, se non si scosteranno da mia moglie: *si ab uxore mea non recesserint*. Il padre di famiglia non soleva mai dipartirsi che difficilmente dalla città, invece la moglie se ne partiva continuamente: *assidue proficiscatur*. Domando se i liberti siano obbligati a seguirla. Rispose: Non si può dare una risposta assoluta, potendo esservi molte circostanze che devono essere apprezzate con criteri d'equità, e perciò la quistione deve risolversi secondo l'arbitrio *boni viri*. Parimenti si chiede se il legato sia dovuto, se essa partendo niente abbia dato di più ai liberti per spese di viaggio, i quali perciò non l'hanno seguita. Rispose: Bisogna giudicare secondo si tratta di lunghe o brevi escursioni e secondo l'entità del legato.

Questo criterio adottato dal giureconsulto romano deve seguirsi anche nel diritto moderno? Io penso che si possa venire alla soluzione con un argomento d'analogia.

Per l'art. 131 cod. civ. la moglie è obbligata ad accompagnare il marito, dovunque egli creda opportuno fissare la sua residenza. Ora si è fatta la stessa quistione in tema di matrimonio. Dovrà la mo-

¹⁾ ZEULI, *La condizione apposta in un legato di convivere con una persona* (Gazz. Proc., 1878, 481); GIANTURCO, *Sistema*, p. 186.

²⁾ Secondo la varietà dei casi, si è pronunziata per la nullità C. Napoli, 3 marzo 1873 (Legge, 1873, 435), e per la validità la stessa C. Napoli, 17 dicembre 1892 (Gazz. Proc., XXV, 485).

glie seguire costantemente il marito che la trascina senza tregua in continui viaggi? La dottrina e la giurisprudenza hanno risposto: l'obbligo della moglie ha un limite nella ragionevolezza e nella normalità di questi mutamenti di domicilio e non si estende illimitatamente fino a farne una vittima dei capricci e bizzarrie del marito. E questa decisione trova un appoggio nell'art. 152, ove è detto che la separazione può domandarsi quando il marito *senza alcun giusto motivo* non fissa una residenza, od avendone i mezzi, ricusi fissarla. Donde può indursi che la moglie è tenuta all'obbligo di seguire il marito quando vi è ragionevolezza di motivo del cambiamento. Ora analogamente potrà dirsi nel caso di condizione di coabitazione. L'onorato dovrà seguire normalmente e convivere colla persona designata, ma se questa capricciosamente e smodatamente si desse a viaggi continui e ad un moto senza tregua, l'onorato potrebbe rifiutarsi di seguirla, pur non perdendo la liberalità. Giacchè la mente del disponente nell'imporre la condizione non era certo rivolta ad una così estesa soggezione del legatario.

La condizione poi di non dimorare in un dato luogo o di non convivere con una data persona deve di regola considerarsi efficace, essendo ben lieve la restrizione della libertà (73 D. 35, 1), salvo il caso che la condizione non risultasse dal contesto contraria alla morale. Così lego mille a Tizio, se non conviverà più con sua moglie o coi suoi figli. Un caso analogo fu deciso in questo senso dalla Corte di Poitiers (3 juin 1842) e dalla Corte di Torino, 23 gennaio 1886 (*Legge*, 26, I, 444 ¹).

101. d) Diritto al lavoro. — Una fatale necessità spinge l'uomo al lavoro.

Per mantenersi e soddisfare ai propri bisogni egli è costretto ineluttabilmente a spendere la propria energia fisica ed impiegarla alla produzione.

Così egli trasforma la materia e la rende utile, e si procaccia il cibo per nutrirsi, e si difende e reagisce contro l'ambiente che lo circonda. Il lavoro è per lui un mezzo d'esistenza, e l'unica arma di cui egli si può servire per durare la lotta della vita. La sua attività si svolge incessantemente in una penosa ricerca di tutto ciò che può appagare i suoi istinti e secondare i suoi desideri e procurargli soddisfazioni: tutti i suoi sforzi si concentrano perennemente

¹) La Corte delle Calabrie con sentenza 17 maggio 1867 ritenne illecita la condizione apposta al legato, che la minorene legataria non potesse percepirlo, se il padre la ritirasse presso di sè (*Legge*, VII, 929).

verso il raggiungimento del piacere, ed il piacere non è che un bisogno soddisfatto. Perciò l'uomo come ha diritto a vivere, così ha anche diritto a lavorare, e qualunque convenzione dei privati che venisse a togliere od a limitare questa sua podestà sarebbe nulla, poichè equivarrebbe a togliere all'uomo i mezzi di continuare la sua esistenza. Adunque tutte le obbligazioni o gli oneri imposti o le condizioni con cui si volesse inibire ad un individuo d'impiegare la propria attività al lavoro, o di dedicarsi ad alcuna specie di attività o di industria, come quelle che vietassero di assumere verun impiego pubblico o privato, o di non esercitare alcun commercio o professione, dovrebbero dirsi assolutamente nulle.

Però si osservi che il diritto al lavoro in tanto è protetto e non può essere offeso, in quanto è il diritto di procurarsi i mezzi di sussistenza, donde ne consegue che quando la limitazione o restrizione imposta, o per la sua estensione o per la sua durata, non venisse a togliere all'individuo il modo di vivere e procurarsi la somma dei beni cui ha diritto, nella misura degli sforzi impiegati e del capitale materiale ed intellettuale di cui dispone, dovrebbe ritenersi lecita.

Questa linea di distinzione è assai delicata, ma può ad ogni modo scorgersi e precisarsi nettamente. Il vincolo è proibito quando è tale che l'uomo non può più ottenere la soddisfazione dei suoi bisogni: bisogni non soltanto materiali, ma anche d'ordine superiore. Si dirà: che ogni per quanto minima restrizione del diritto di lavoro porta inevitabilmente ad una diminuzione della qualità e quantità di prodotti utili a suo beneficio, e quindi anche ad una minore soddisfazione sulla qualità e quantità dei suoi bisogni. L'osservazione è sottile, ma esatta. Come faremo dunque a distinguere? Io credo rintracciare questo criterio, desumendolo dalla nozione economica di prodotti destinati al consumo e di prodotti capitale. Cioè, quando la limitazione viene a restringere la quantità dei beni, che dovrebbero essere utilizzati direttamente e consumati dall'individuo, questa intacca evidentemente il diritto al lavoro ed alla esistenza, conforme al proprio grado intellettuale e sociale; ma quando la limitazione verrebbe a privare temporaneamente della possibilità di ottenere una parte di prodotti, eccedenti la misura necessaria e che verrebbero a cumularsi in capitale, la limitazione è permessa.

Parlo però sempre di limitazione temporanea, perchè una limitazione perpetua anche in questo senso sarebbe vietata, venendo ad impedire il libero progresso e miglioramento individuale. Ad ogni modo il criterio che ho indicato, se non è preciso, potrebbe servire

almeno a dare l'idea del grado di limitazione del diritto al lavoro, che io reputo illecito.

Il campo in cui questi principii trovano applicazione è quello delle c. d. *clausole di concorrenza*. Diconsi clausole di concorrenza tutti quei patti od obbligazioni aggiunte nei contratti di locazione d'opera e di lavoro, per cui il proprietario o rappresentante d'una fabbrica o d'un esercizio commerciale si fa promettere dai suoi impiegati o commessi di non entrare in un negozio od opificio concorrente nello stesso genere, od a lavorare nella stessa industria, o di non istituire essi stessi od associarsi ad altri nell'esercizio di quel determinato commercio. Simili impegni si trovano anche nei contratti di società.

La giurisprudenza straniera, specialmente svizzera, si è pronunziata per la validità di tali clausole, quando però siano *non absolute e limitate* rispetto al tempo e riguardo al luogo ¹⁾. La quale decisione ha trovato poi la sua codificazione nel Codice di commercio germanico, § 74: « Il patto tra principale e commesso per cui questi limiti la sua attività economica per quando sarà finito il rapporto di dipendenza, è obbligatorio solo in quanto la limitazione non ecceda quei confini in riguardo al tempo, ed in riguardo al luogo, ed all'oggetto, *oltre i quali si ridurrebbe la vita degli impiegati difficile e non sopportabile*. La limitazione dell'attività del commesso non può superare i tre anni dal momento in cui cessa il rapporto di dipendenza ».

Il criterio adottato dal codice germanico si avvicina al nostro poichè il fine ultimo che si ha di mira in entrambi è sempre quello di reputar nulle le clausole, quando intaccano nell'uomo il diritto

¹⁾ Cfr. Cass. 9 maggio 1888 (*Sirey*, 1888, I, 320): « È nulla la clausola con cui un negoziante s'interdica il diritto di esercitare un commercio o un'industria *in modo assoluto e per sempre* ».

Così è anche nullo in un contratto di società l'obbligo assunto da un socio in caso di scioglimento, di non potere nè direttamente nè indirettamente ristabilire una casa di commercio simile a quella sociale (*Paris*, 6 jouill. 1893, *Sirey e Journ. d. Pal.*, 1894, 2, 100) o il patto per cui un operaio s'interdica l'esercizio di un'industria senza limitazione di tempo (*Trib. fed. Suisse*, 3 juin 1893 (*S. et P.* 1893, 4, 32) o per cui s'interdica di stabilirsi nei dintorni con la clausola che in caso di contravvenzione il contravventore perderebbe il diritto di esercitare la sua professione ovunque (*Montpellier*, 21 marzo 1891, *Gazz. Pal.*, 1891, 2), ecc. Vedi un ricco materiale giurisprudenziale intorno alle clausole di concorrenza, oltre nel lavoro di KOHLER e LEMBERG, citati in seguito, in GELLER (*Oesterr. Centralbl. f. d. jur. Praxis*, IX, 5); PATAILLE, *Annales de la propriété industrielle*; POUILLET, *Traité des marques de fabrique*, e nel nuovo *Rép. de dr. franç. de Carpentier et Frèrejoun*.

all'esistenza. Il Kohler ¹⁾, per decidere quando debba riconoscersi la validità delle clausole di concorrenza, dice che queste non debbono mai colpire l'intera attività economica dell'individuo e metterla nella soggezione di un terzo, poichè una tale distruzione della personalità verrebbe ad escludere la sua azione economica. Il Lemberg ²⁾ ritiene nulle le clausole quando esse colpiscono l'essenza economica della personalità umana, da togliere ad essa la possibilità di mettere in opera le naturali attitudini e cognizioni acquisite, a scopo di lucro. Ma mi sembrano queste delle formulazioni troppo astratte e di scarsa efficacia pratica.

Lo Sraffa, intervenendo nella disputa con un'interessante monografia pubblicata nel vol. III per le onoranze a Schupfer, sostiene invece un'opinione radicale, dichiarando in ogni caso la nullità delle clausole di concorrenza, comunque limitate e condizionate a tempo e luogo. Così, egli scrive, si viene a togliere l'incertezza e l'indecisione della giurisprudenza che è il risultato dei criteri più o meno vaghi ed elastici adottati dagli scrittori.

Ed in verità che si ottenga una sicurezza di decisione, col dichiarare sempre la inefficacia delle clausole non può mettersi in dubbio: infatti non c'è da preoccuparsi o da pensar tanto dai magistrati, appena lontanamente si scorge la bestia nera d'una clausola di concorrenza, subito la nullità. Ma io credo quest'opinione eccessiva. Anzitutto seguiamo il ragionamento dello Sraffa. Egli osserva che le clausole di concorrenza si riducono ad un mezzo di protezione che il principale adopera contro lo sfruttamento legittimo che gli impiegati fanno delle loro attitudini e conoscenze. In queste clausole l'impiegato rinuncia *nel modo più ampio ed assoluto* all'aumento di valore verificatosi nella sua forza di lavoro, durante il contratto di locazione.

Infatti senza questa rinuncia *ampia ed assoluta* non potrebbe essere effettiva la protezione dei principali contro i danni che possono derivare dal valersi che gli ex impiegati facciano delle capacità acquistate durante il contratto di locazione o in occasione di quello. Ora qui si tratta di un non fare che una persona non può imporsi contrattualmente. È quindi immorale la rinuncia del loca-

¹⁾ *Gesammelte Abhandlungen*, S. 62 e *Archiv für bürg. R.*, V. S. 208: « unstatthaft ist, die ganze Arbeitskraft seines Lebens einem Andern mit Rechtszwang aufzuopfern ».

²⁾ *Vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbe- und Handelsfreiheit* (Breslau, 1888).

tore di opera, a trarre ogni possibile vantaggio dalle sue attitudini al lavoro, dove e quando e meglio crede.

La premessa, se non erro, di questo ragionamento, sta nel ritenere che l'operaio nelle clausole di concorrenza rinunzia nel modo più *ampio ed assoluto* al plusvalore acquistato dalle sue forze col l'esercizio durante la locazione. Donde se ne inferisce che la rinunzia è nulla. Senonchè, mi pare, che nelle clausole di concorrenza lecite secondo la teoria comune, una tale rinunzia ampia ed assoluta non esista. Infatti l'operaio può valersi subito di questi mezzi di lavoro perfezionati e migliorati, in un luogo diverso da quello per cui la clausola fu limitata, può valersene poi anche nel luogo medesimo, trascorso un certo tempo; dunque non si tratta già di una rinunzia sconfinata e perpetua, ma d'una rinunzia relativa e temporanea. E perchè dovrebbe dirsi questa limitazione inefficace, quando non urta contro la morale nè offende il diritto all'esistenza degli individui, e ha anzi un fondamento giustificativo in ciò, che il plusvalore acquistato delle forze di lavoro non è frutto unico dell'esercizio del lavoratore, ma ha avuto per coefficienti le nozioni imparate nell'ufficio od opificio in cui fu adibito, e quindi ritrae del capitale intellettuale dell'imprenditore dell'industria? A questo perfezionamento non ha anche il padrone in certo modo qualche diritto, e questo diritto non può esprimersi egli contrattualmente in una stipulazione almeno limitata d'immunità? ¹⁾ Il culto esagerato della persona umana non ci deve far travedere: certo, togliere all'uomo di adoperare in modo assoluto le attitudini e conoscenze acquisite, è illecito, ma restringere parzialmente e temporaneamente questo diritto, pur lasciando intatta a questi la possibilità di procurarsi la vita, non può dirsi vietato. Sarebbe lo stesso che rite-

¹⁾ FOÀ, *Le clausole di concorrenza*, p. 8: Un industriale deve necessariamente mettere a conoscenza dei suoi impiegati quel complesso di cognizioni, di esperienze, di organismi che rappresentano il frutto del suo precedente lavoro, e gli sono costati sacrifici di persona e di denaro. Se un impiegato, abbandonando l'ufficio di cotesto industriale, impiega questa somma di cognizioni acquistate a profitto di sè o di altri, fa forse un atto di concorrenza sleale? No certamente; se quindi il principale non si è tutelato con patti speciali, egli non potrà invocare i principii della concorrenza sleale allo scopo di tutelarsi da simile sfruttamento.

È per questo che sorge il bisogno delle clausole di concorrenza, le quali furono create da impellenti necessità dell'industria moderna. Il negar loro ogni valore giuridico, significa guardare da un solo lato il problema.

Vedi anche PORRO in *Monit. dei Trib.*, 1899, p. 5 e seg. e BARASSI (*Contratto di lavoro*, n. 25).

nera nulle le obbligazioni perchè importano tutte una restrizione della libertà giuridica. Ma questa sovranità individuale così potente ed intangibile non esiste nel mondo economico: essa invece è tutto un intreccio di attività che si piegano, che si flettono, che rientrano a vicenda, formando un gruppo solo, unito, complesso: l'organismo sociale.

Quando parliamo di clausole di concorrenza, non vogliamo intendere quei patti con cui il padrone può voler rafforzare l'obbligazione giuridica che già è imposta agli operai di non far concorrenza sleale, così di non rivelare segreti di fabbrica e notizie concernenti invenzioni e scoperte scientifiche ed applicazioni industriali, delle quali essi son venuti a conoscenza per necessità e ragione del loro ufficio: il che sarebbe anche un reato (cod. pen., art. 298).

Nè quelle limitazioni inserite nei contratti di vendita d'aziende commerciali, per cui l'acquirente s'impegna di non aprire un negozio affine, in vicinanza a quello ceduto, che possa attrarre a sè la clientela appartenente all'azienda trasferita. Il quale obbligo sussiste nel venditore, indipendentemente dal patto, per i principî ordinari della garanzia nella compravendita (1482). Poichè la vendita del negozio comprende anche la vendita dell'*achalandage*¹⁾.

102. e) Diritto all'onore. — E' il diritto più sacro che l'uomo abbia. Essendo egli un subbietto etico, deve non soltanto conservare la sua esistenza fisica, ma anche la sua esistenza morale. L'individuo ha il sentimento della propria personalità, del proprio io, e come sente in sè la dignità di essere uomo socialmente utile e capace, così vuole e desidera istintivamente, che gli altri riconoscano in lui questo valore e questo suo merito come membro del corpo sociale.

Ora la stima che il pubblico concede ad un individuo nella misura della sua capacità, costituisce l'onore in senso obbiettivo, come la coscienza di essere stimato è l'onore subbiettivamente. L'onore privato civile è come un'aureola di luce soffusa attorno all'uomo, con cui egli si mostra al pubblico, è il suo patrimonio morale che egli deve trasmettere immacolato ai suoi figli, insieme col nome: anzi il nome sintetizza e riassume con sè questa attribuzione generale di stima, ed è come il simbolo dell'onore; altri segni esterni sono i titoli, gli stemmi, le armi, le decorazioni, ecc.

Mentre il valore sociale è onorato, la dappocchezza o malvagità

¹⁾ CHIRONI, *Colpa contrattuale*, p. 654.

dell'individuo riscuote alla sua volta la voce di disprezzo e di biasimo della società: il disonore.

Ora, tutti quei negozi che volessero intaccare nell'individuo l'onore e costringerlo o consigliarlo ad un'azione disonorevole, devono reputarsi illeciti. Così si spiega la decisione che si trova nelle fonti alla L. 63, § 1 D. *de cond. et dem.* 35, 1. Era stato legato ad una donna con la condizione che si maritasse con Tizio, la quale condizione è efficace. Ma se Tizio è persona disonorevole ed indegna delle nozze, la donna non è vincolata e può sposare chi vuole. Questa condizione è dichiarata nulla, per ciò che si vuole indurre una persona a dimenticare il proprio grado, la propria condizione sociale, il proprio onore, e piegarla a delle nozze indecorose. Così se io dicessi: ti fo mio erede, a condizione che sposi una prostituta, od una pezzente, od una carcerata.

In questo gruppo rientrano le condizioni aventi per oggetto di abbracciare una professione od un mestiere indegno, in riguardo alla posizione sociale e cultura del legatario. Così fo un lascito ad un mio nipote, che ha già intrapreso degli studi classici e che è di civili natali, a condizione che si facesse spazzacamino o calzolaio o rigattiere. Evidentemente io subordino il lascito ad un'azione del beneficato che per l'opinione pubblica sarebbe giudicata disonorevole: e questa mia volontà non può trovare aiuto nella legge. Così pure la *conditio nominis ferendi*, quando il *nomen* fosse turpe.

Qui potrebbero anche raggrupparsi le condizioni *derisoriae*, le quali sono anche inefficaci. Ti fo mio erede, se il giorno della mia morte seguirai il mio feretro, vestito da frate e stretto da un cilicio di penitenza, o se per un anno mi porterai il lutto, indossando una vestaglia color giallo-arancione alla cinese, ecc.: le quali prestazioni offrirebbero certamente l'onore alla derisione pubblica. Spesse volte però queste condizioni dimostrano un difetto di sanità mentale nel disponente e sono invalide per altra ragione.

103. II. Dritti dell'uomo come persona: capacità giuridica e stato.

L'uomo come subbietto giuridico ha il potere di svolgere la propria attività, esercitando i diritti che gli competono ed agendo liberamente nel corpo sociale. Questa podestà civile dell'uomo è inerente alla sua persona, ed egli non può rinunziarvi o farne oggetto di mercato, perchè essa è inderogabile ed indisponibile: alienare la propria capacità giuridica sarebbe consumare un suicidio morale ¹⁾.

¹⁾ LAROMBIÈRE, *Théorie des obligations*, 1133, 24

Perciò devono ritenersi nulle ed impossibili tutte quelle convenzioni o condizioni che abbiano per oggetto o vogliano indurre l'individuo ad abdicare alle sue attitudini di subbietto giuridico, od anche a non esercitare taluni suoi diritti.

La capacità dev'essere completa, integra, e come non è permesso distruggerla intera, così neanche sgretolarla o ridurla. Quindi è nullo un contratto per cui alcuno si pone sotto la tutela di un altro e si costituisce incapace, o rinunzia al diritto di far contratti senza l'assenso di una data persona, o di testare o di esercitare un'azione in giudizio, ecc.

Il Dalloz ricorda un esempio caratteristico di questa specie ¹⁾.

Un individuo si era riconosciuto incapace d'amministrare i suoi beni da buon padre di famiglia per difetto d'esperienza, ed in un atto pubblico aveva dichiarato di fare perpetuamente ed irrevocabilmente cessione dell'amministrazione alla moglie, in modo che questa cessione equivallesse per lui ad una vera e formale interdizione giudiziaria! (testuale).

Un altro caso singolare ci fornisce la giurisprudenza francese ²⁾.

I sigg. Michaux e Thiercelin nelle convenzioni matrimoniali avevano reciprocamente rinunziato a fare tra loro qualunque donazione, anche *causa mortis*, consentendo fin d'ora la nullità di quelle che avrebbero potuto fare in seguito, in contravvenzione al patto.

La sig. Michaux però con testamento olografo faceva erede il marito.

Qui, opposizione dei parenti che sostenevano la nullità della disposizione testamentaria. Il Tribunale, considerando che non poteva aversi un'incapacità convenzionale, rigettò tali pretese. Appello. La Corte, attesochè la rinunzia reciproca fatta nel contratto di matrimonio al diritto di disporre dei beni per testamento in favore l'uno dell'altro, si riduce ad una semplice abnegazione alla facoltà di disporre. Che questa abnegazione non può essere posta nella classe delle convenzioni obbligatorie. Rigetta.

Un esempio ancora più caratteristico, e con ciò termino questa rassegna, fu quello sottoposto al giudizio della Cass. di Torino ³⁾.

Il sig. Giuseppe Brunetti, temendo della prodigalità del suo nipote Balsamo, lo istituì erede con la clausola di non poter disporre

¹⁾ Cass. Franç., 7 settembre 1803 (*Rép.*, « interdiction »; n. 31).

²⁾ *Sirey*, IX, 345.

³⁾ Sentenza 27 novembre 1890 (*For. it.*, 1891, I, 197).

per atto tra vivi dell'asse ereditario, fino a che non avesse raggiunto l'età di 50 anni, salvo ad averne l'usufrutto al compimento degli anni 30, ed una pensione nel tempo anteriore, delegandosi tre amministratori con ampio potere di riscuotere capitali, transigere, vendere, ecc.

La Cassazione considerò: Questa clausola deve ritenersi contraria alla legge perchè lesiva del principio d'ordine pubblico sancito dall'art. 322 c. c., che il maggiore d'età è capace di tutti gli atti della vita civile, salve le eccezioni stabilite dalla legge, ed è pure lesiva dell'altro principio sancito dall'art. 436 che la proprietà consiste nel diritto di godere e disporre della cosa nella maniera più assoluta.

« Di leggieri scorgesi che l'intento voluto dal testatore di porre il suo erede nella condizione di un interdetto o di un inabilitato quanto ai beni ereditari fino all'età anzidetta urta contro la legge, che non riconosce altra interdizione ed inabilitazione che quella giudiziariamente pronunciata nelle forme legali.... ».

In questo gruppo rientra la condizione di non alienare.

Nel diritto romano il divieto d'alienare imposto in un testamento all'erede era considerato valido nel caso che il testatore nell'imporlo avesse avuto un plausibile motivo, altrimenti considerandosi come un *nudum praeceptum* era *nullius momenti*. Questo criterio di distinzione può desumersi esplicitamente da un rescritto degli imperatori Severo ed Antonino alla L. 114, § 14, D. *de leg.*, I, e lo vediamo praticamente applicato in due responsi di Scevola: L. 38, § 4 e 93 D. *de leg.*, III.

Quando l'ordine di non alienare era giustificato da una ragione conveniente, qual'era quella di conservare i beni in famiglia: « ut in familia relinqueret, ne de nomine suo exiret » come nell'istituzione: « Fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto » (38, § 1 D. *de leg.*, III), allora esso importava fedecommesso a favore dei membri della famiglia, a cui potevano soltanto essere trasmessi i beni vincolati.

Anche in materia di donazione troviamo sanzionata la validità di questa condizione, come si legge alla c. 3 Cod. IV, 6: « Ea lege in vos collata donatio ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori ves eius heredi conditio, si non fuerit conditio servata quaeratur ».

Nel diritto moderno, essendo sparite le sostituzioni fedecommisarie in omaggio al principio della libera circolazione dei beni,

questa condizione dovrà dirsi incompatibile colle nostre istituzioni e quindi nulla ¹⁾. Sottraendo infatti i beni al commercio ed immobilizzandoli si verrebbe a costituire una specie di manomorta, ciò che è contrario all'economia pubblica ed all'interesse generale. Del resto è incoerente col nostro sistema concepire una proprietà spoglia del suo principale attributo ²⁾.

È notevole nel Codice germanico la formulazione espressa di tale principio, § 137: La facoltà di disporre di un diritto alienabile non può essere esclusa o limitata da negozio giuridico. È degna anche di menzione un'ordinanza del Senato di Piemonte in data 7 luglio 1730, colla quale fu riconosciuto non doversi ammettere i divieti di alienare, che fanno nascere un vincolo negli stabili, sottraendoli al commercio ed alla circolazione.

Finora noi abbiamo parlato dei divieti d'alienazione in senso assoluto, i quali sono altrettanto inefficaci che i divieti d'acquistare in senso assoluto, perchè, oltre ad esser contrari al diritto di proprietà, vengono a spogliare l'individuo di una podestà giuridica, della quale egli si serve per svolgere la propria azione nel mondo economico. Ma quando il diritto potenziale dell'individuo non viene attaccato, ma soltanto si restringe l'esercizio di esso, non può cader dubbio sulla efficacia di tale convenzione. Così il divieto d'alienare per dieci anni o durante la minore età di tuo figlio o fino al tuo passaggio a matrimonio, ecc. sono delle restrizioni che entrano nel campo patrimoniale disponibile, e quindi lecite ³⁾; d'altra parte la limitazione temporanea di vendere non ferisce l'interesse sociale, il quale può esser soltanto offeso quando si tratti d'interdizione assoluta. Perciò sono anche valide le pattuizioni d'alienare a preferenza ad

¹⁾ Per la nullità assoluta, vedi C. Roma 9 marzo 1876 (*Legge* 16, 1, 303); A. Bologna 15 settembre 1876 (*Racc.* 29, 1, 2, 71); A. Palermo 27 agosto 1888 (*Annali* 22, 3, 560).

²⁾ Cfr. C. Napoli 25 giugno 1863 (*Giur. civ.* III, 73): «Lasciare la proprietà e impedire di disporne, torna lo stesso che distruggere la essenza del diritto di proprietà».

³⁾ Il LAURENT, *Droit civil* (XI, 463), adotta un'opinione più recisa. Egli ritiene in tutti i casi nulla la condizione di non alienare, anche temporanea. La ragione di tale decisione sta principalmente nella mancanza di criterio come poter fissare la durata precisa entro cui la condizione deve reputarsi valida. Egli esclama: «Quando la proibizione sarà temporanea? basta che non sia perpetua? Si potrà dunque vietare l'alienazione durante mille anni? Se non lo si può, ove sarà il limite? — Ed altrove chi deciderà se il tempo è lungo o no? Sarà di 20 anni, sarà di 50 anni? in qual limite si potrà dire che l'interesse generale debba prevalere sull'interesse privato?». Queste difficoltà non mi sembrano insormontabili, giacchè può rimettersi la decisione all'*arbitrium boni viri* del giudice. Così, p. es. nella nostra giurisprudenza mentre è stata ritenuta valida la condizione di non alienare per 20 anni (A. Venezia 27 luglio 1875, *Legge*, XV 842) è stata dichiarata illecita la condizione di non alienare per 40. C. Napoli 25 giugno 1863, *Giur. civ.* III, 731.

una data persona ¹⁾, frequenti in pratica in materia di comunione o di società o d'enfiteusi, per cui i condomini o il domino diretto stipulano di esser interpellati in caso di alienazione ed esser preferiti per lo stesso prezzo di vendita ²⁾.

Si è domandato se il divieto d'alienare importi anche quello d'ipotecare e di costituire diritti reali frazionari.

Si risponde: è questione d'interpretazione, in cui dovrà tenersi conto dello scopo voluto raggiungere col divieto. Normalmente però io credo che l'uno comprende gli altri, perchè chi vuole che un bene non sia alienato, vuole anche che non sia alienato tutto e che non si mettano i mezzi per la sua alienazione, e chi concede un'ipoteca pone i creditori nella possibilità di ottenere forzatamente la vendita dell'immobile.

Ma il divieto non sarebbe offeso colla semplice assunzione d'obblighi personali che darebbe diritto eventualmente ai creditori di accendere ipoteca giudiziale, ed espropriare il bene su cui cade il divieto d'alienazione, salvo tuttavia il caso di frode.

104. Sono anche nulle le convenzioni le quali vogliono derogare allo *stato* di una persona. Lo stato è l'insieme degli attributi che ha l'individuo in rapporto al centro in cui vive, cioè alla famiglia ed alla nazione. In quest'ambiente l'uomo può trovarsi in differenti posizioni, cioè può esser cittadino o straniero, padre, figlio, sposo, mi-

¹⁾ Cfr. C. Roma 14 dicembre 1885 (*Legge*, 26, I, 109). È valida la condizione apposta al legato, che il legatario, ove si decida a vendere un fondo di sua spettanza, dia la preferenza alla persona istituita erede nel suo testamento.

²⁾ In tutti questi casi per la violazione del patto di non alienare, sorge soltanto un diritto personale di risarcimento a favore dello stipulante, ma la vendita fatta al terzo è inattuabile. Se è aggiunta una clausola penale, ed è fatta quindi preventivamente la liquidazione dei danni, si applica la pena convenuta.

Trattandosi invece di condizione, se l'alienazione proibita ha luogo, la liberalità si risolve, e quindi viene a colpire i diritti concessi sul fondo donato, ed il donante può evincere tutti i terzi acquirenti dell'immobile o concessionari di dritti reali (1080). Ma è inesatta l'opinione di coloro che ritengono nulla la vendita consentita in disprezzo della proibizione d'alienare, considerando la cosa come fuori commercio, analogamente al fondo dotale. Questo risultato non può ottenersi dai contraenti o disponenti. Essi non possono giammai far diventare inalienabile una cosa che per natura sua è capace di trasmissione. È questo un impossibile giuridico. Si tratta invece di un vincolo personale, che obbliga il contraente alla non alienazione, ed al cui inadempimento è legato l'avveramento di una condizione risolutiva, ma non d'un vincolo reale, che affetta obbiettivamente l'immobile e lo fa diventare incommerciabile. Lo stesso si dica per il patto con cui si vuole sottrarre alla pignorabilità od al sequestro beni per loro natura pignorabili: tale patto è impossibile giuridicamente, non illecito, come dice il GIORGI (*Obblig.* III, 385). Vedi Tribunale Catania 24 marzo 1867 (*Filang.*, I, 366).

nore, maggiore, interdetto, ecc.; ora tutte queste diverse qualità che caratterizzano l'uomo e gli conferiscono un posto distinto nella società familiare o nazionale formano il suo stato. Lo stato è inerente all'individuo e non può esser derogato, quindi non si può rinunciare o transigere sul medesimo, nè portarsi alcuna modificazione ai diritti od obblighi che ne derivano. L'art. 1379 formula già questo principio nel contratto di matrimonio. Non ci resta che seguire il pensiero della legge e completare la sua parola.

Perciò sarebbe nulla una rinunzia al diritto di domandare la cittadinanza italiana o la naturalizzazione, o di reclamare il proprio stato legittimo o di fare indagini sulla maternità, o la rinunzia dei parenti al diritto di fare opposizioni al matrimonio o di promuovere il giudizio d'interdizione e d'inabilitazione, ecc. Così è stata decisa anche la nullità di una transazione sul diritto agli alimenti fra persone che vi sono tenute per legge ¹⁾ e di un contratto per cui si obbligava l'adottato di non prendere il nome dell'adottante ²⁾.

Una condizione la quale tendesse ad impedire al gratificato l'esercizio di uno di questi diritti di famiglia, dovrebbe ritenersi anche contraria all'ordine pubblico ³⁾. Così è stata dichiarata nulla la condizione imposta ad un legatario di non ricercare la sua madre naturale ⁴⁾.

105. III. Diritti dell'uomo come membro sociale. — Sono i diritti politici. L'individuo come componente della società organizzata, ha diritto di partecipare al governo ed all'amministrazione di essa, e di portare il contributo del suo ingegno e del suo senno nella direzione e nell'esercizio della sovranità. Nelle piccole organizzazioni politiche, come un tempo nella repubblica Ateniese e Spartana, e nel Medioevo nei comuni italiani, ed oggi in qualche cantone svizzero, l'esercizio e la partecipazione ai pubblici poteri avveniva direttamente per parte di tutti i cittadini: il popolo si radunava nelle piazze od in assemblee e quivi esercitava direttamente il governo, amministrando giustizia, ascoltando gli oratori, decretando la guerra o la pace, mettendo in stato di accusa i magistrati, nominando i suoi capitani, disponendo per l'erogazione del tesoro pubblico, e così via. Ma oggi col crescersi e moltiplicarsi delle funzioni dello Stato e coll'allargarsi ed estendersi delle organizzazioni abbraccianti un terri-

1) DALLOZ, *Rép.* « mariage » n. 640.

2) DALLOZ, *Rép.* « adoption » n. 173.

3) Cfr. L. 4 Cod. *de inst. et subst.* VI, 25, DEMOLOMBE, 18, 238; BARTIN, *op. cit.* p. 156.

4) Trib. Tarbes 11 avril 1856, *Recueil de Dalloz*, 1857, 2, 154.

torio estesissimo, questa forma primitiva e rudimentale di governo non è più conforme ed idonea all'esercizio della sovranità, e quindi tutti i cittadini, pur restando nominalmente nel possesso del loro diritto alla partecipazione del governo della cosa pubblica, si spogliano dell'esercizio in favore di determinate persone scelte dal gruppo dei cittadini, cui delegano questo potere e che eleggono a rappresentanti della comunità. Così il diritto di governo si trasforma in diritto di elettorato.

Restano tuttavia nel popolo delle forme residue di partecipazione diretta all'amministrazione ed esercizio del potere pubblico, sebbene anch'esse tendano a scomparire, come il diritto di giuria.

Di questi diritti politici l'uomo è investito irrevocabilmente, e non può esserne privo, salvo che la legge per motivi di utilità pubblica non lo reputi indegno od altrimenti incapace di esercitarli. Perciò i negozi che avessero per oggetto di togliere o limitare od indurre l'individuo ad abdicare volontariamente alla propria libertà politica, devono ritenersi nulli. Così un lascito o donazione gravati dall'onere o subordinati alla condizione di non esser mai eletto od eletto, quindi di non accettare mai la carica di deputato o di ministro, o di non esser mai consigliere comunale o sindaco, ecc. Infatti sarebbe un paralizzare negli individui un diritto sovrano, qual'è quello della cooperazione al governo della società, ed uno spogliare questa delle forze vive di un cittadino che forse potrebbe esserle d'aiuto e di sostegno e di decoro.

106. B) Condizioni e forme per l'esercizio dei diritti e l'esistenza dei negozi stabilite nell'interesse pubblico. — Così le condizioni di capacità per il compimento degli atti giuridici, i requisiti di forma dettati per i contratti più importanti, così l'atto pubblico per il contratto di matrimonio e di donazione e le forme speciali per i titoli cambiari ed i testamenti, ecc. Ora nessuno potrebbe rinunciare a queste cautele volute dalla legge, a maggior garanzia della serietà e maturità di senno delle parti contraenti e della certezza delle convenzioni ¹⁾, nè quindi potrebbe convenirsi in un atto di liberalità che il debitore facesse a meno della forma dell'atto pubblico, credendola inutile e sapendo di disporre con piena coscienza e spontaneità, nè altrimenti potrebbe un minore, impegnandosi in un atto obbligatorio, dirsi capace a comprendere l'estensione ed il valore del suo obbligo

¹⁾ ALCIATO, *In Cod. Comm. De pact.* p. 332: « Hunc pertinent (cioè fra i « pacta contra ius publicum ») et contractus quibus solemnitati probatoriae derogatur: iuris publici est probatio, quae nec iurato quidem pacto tolli potest ».

e quindi disposto a rinunciare ai mezzi integrativi e completivi della sua capacità.

Un caso curioso di rinunzia ad una forma contrattuale d'ordine pubblico ci è fornito dalla giurisprudenza ¹⁾. Fra due persone sposate in matrimonio ecclesiastico si era convenuto di non fare matrimonio civile, e la moglie riceveva in corrispettivo una rendita annuale. La Cassazione di Torino, pronunciando la nullità di questa strana convenzione, ebbe a rilevare che non può derogarsi od eludere le provvide disposizioni della legge intese a creare una famiglia legittima ed assicurare lo stato della prole futura; e che d'altra parte il patto avrebbe avuto per oggetto la rinunzia al matrimonio civile ed il consenso a vivere in semplice concubinato.

107. C) *Sanzione delle violazioni di legge.* — I precetti legislativi trovano la loro forza ed autorità nella sanzione che vi è annessa, poichè una legge senza sanzione sarebbe una legge disarmata e debole. Da qui l'interesse pubblico a che siano rispettate le pene ch'essa infligge nel caso di offese all'ordine giuridico: i privati non possono derogarvi, non possono mutare o togliere le conseguenze stabilite per la trasgressione del divieto o per l'inosservanza del comando legislativo, perchè così essi verrebbero a sovvertire la legge stessa ed a renderla effimera.

Quindi, allorchè come effetto della violazione o dell'inadempienza è sancita la nullità assoluta dell'atto, questa nullità permane indipendentemente da qualunque contrattazione delle parti. Così, se in un contratto nullo è aggiunta la clausola per cui le parti rinunziano ad agire in giudizio per far dichiarare la nullità, questa rinunzia è nulla ²⁾. Il Lotmar riferisce a questo proposito un esempio caratteristico ³⁾. Un margravio ungherese aveva promesso una lauta somma di denaro ad un avvocato, perchè questi procurasse per suo figlio un'ereditiera americana con una dote non minore di tre milioni di dollari. In fine del contratto il margravio rinunziava sotto la sua parola di gentiluomo all'eccezione di *turpis causa* contro la promessa fatta. È inutile dire che tale rinunzia non poteva avere alcuna efficacia.

Lo stesso si dica, quando si tratta d'una disposizione testamentaria affetta d'una nullità d'ordine pubblico, e che il disponente vuole sottrarre all'invalidità, inibendo agli aventi dritto di esercitare

¹⁾ C. Torino, 20 febbraio 1879 (*For. it.* IV, 1, 1113).

²⁾ Questo caso non è da confondersi con quello in cui si rinunzia ad un'azione, la quale per sè è disponibile e rinunziabile, essendo d'interesse privato, ma la rinunzia è illecita, perchè *preventiva*, e quindi involve un *pactum de dolo non praestando*.

³⁾ Op. cit. nota 179.

l'impugnativa. Così, se il *de cuius* impone all'erede o ad un terzo di non agire in giudizio contro il suo testamento privo di una forma *ad solemnitatem* o contenente una sostituzione vietata, o di non provocare la nullità di un legato fatto a persona incapace, e simili, accompagnando il monito con clausole di decadenza contro il non ossequente istituito. È chiaro che in questi casi la volontà del testatore vorrebbe mettersi al di sopra della legge, impedendo, con la minaccia di danni patrimoniali, le conseguenze che derivano dalla violazione, ed una tale volontà non può avere alcuna efficienza giuridica. Quindi la condizione di non esercitare l'impugnativa è nulla e cade anche la clausola penale apposta. Perciò se anche l'erede o legatario provochi la nullità del testamento difettoso o della liberalità stabilita in disprezzo d'un divieto, egli conserva tuttavia il beneficio ricevuto, e la decadenza minacciata non ha luogo.

Da questi casi deve nettamente distinguersi l'ipotesi, in cui il testatore colla proibizione d'impugnare il testamento non intende già imporre all'erede il rispetto di una violazione di legge o di una inosservanza di un comando legale, ma vuole invece che l'erede o legatario rinunci ad un suo diritto privato patrimoniale, di cui egli può disporre liberamente, la quale rinuncia fa condizione di un vantaggio corrispettivo.

L'erede o legatario è messo nell'alternativa o di accontentarsi del testamento e rinunciare ad ogni pretesa diversa da quella che risulta dalla disposizione testamentaria, o di perdere il beneficio condizionato alla non impugnativa, e conservare illeso ogni altro dritto. Così, quando il testatore, facendo col suo testamento la divisione dei beni ai suoi figli, attribuisce ad uno di essi tutti i mobili ed all'altro gli immobili, e soggiunge che se alcuno dei suoi figli impugnasse la divisione, lega all'altro la quota disponibile a titolo di anteparte ¹⁾, oppure grava d'usufrutto tutto il suo patrimonio a favore di un terzo ed ordina che se il figlio non vorrà rispettare la riserva gravata, lega al terzo medesimo la piena proprietà del disponibile: in questi casi, ai riservatari è offerta la scelta o di accettare la loro legittima, in quella forma, ricevendo in compenso un vantaggio, che è condizionato al loro acquietamento, oppure di non addivenire alla volontà del defunto, ed ottenere come per legge la loro riserva, perdendo però quel dappiù ch'era stato dal testatore lasciato colla condizione della non impugnativa.

¹⁾ DEMOLOMBE, 18, 279, Cfr. C. Firenze 5 marzo 1888 (*For. it.* 1888, I, 716); A. Venezia, 12 maggio 1885, (*Giur. it.* 1885, 2, 420).

Lo stesso si dica quando il testatore impone di non insorgere contro il testamento, con cui fa la divisione dei beni ai suoi discendenti, per ovviare a possibili litigi e discordie rovinose fra loro. In questo caso è fatto agli eredi obbligo di rinunciare ad ogni possibile contestazione, pena la decadenza da ogni diritto sul disponibile.

Può nascere però difficoltà nel vedere, quando la condizione semplicemente espressa di non impugnare il testamento sia diretta ad impedire nell'istituto l'azione per annullare un atto contenente offesa alla legge od alla morale, oppure, importi soltanto rinunzia ad un diritto privato dell'erede o legatario. Ciò spesso non può stabilirsi a priori, ma si desume dall'esito della lite.

Così, se l'erede, nonostante il divieto del disponente, impugna il testamento per captazione e riesce nella prova, egli non va incontro alla decadenza minacciata, perchè la condizione e la clausola penale aggiunta, al fine di assicurare l'adempimento di una liberalità frutto della suggestione e del dolo, sarebbe contraria all'ordine pubblico e quindi non avrebbe effetto. Ma se l'erede soccombe nella prova, egli perde l'eredità condizionata alla non impugnativa. Infatti è stata una folle audacia la sua, di violare inconsideratamente il divieto del testatore ed impugnare il testamento. Poteva francarlo dalle conseguenze del suo operato la vittoria in giudizio, ma poichè egli non è riuscito a ciò, resta il fatto puro e semplice che egli ha trasgredito il divieto del testatore, che quindi la condizione è mancata, ed egli incorre nella clausola penale.

Il Losana ¹⁾ ha invece sostenuto che gli eredi non incorrono nella decadenza, sempre quando appaia ch'essi avessero un plausibile motivo di dubitare dell'avvenuta osservanza delle forme legali nel testamento, sempre quando cioè risulti della loro buona fede nell'istituire il giudizio, sebbene l'esito di questo riesca loro sfavorevole. Un'impugnativa di buona fede, non già manifestamente temeraria, che esclude il proposito della molestia e della vessazione, non può fare incorrere nella decadenza: sarebbe iniquo il far dipendere dall'esito della lite l'efficacia della pena ²⁾.

Contro quest'opinione fo osservare: La decadenza non è pena alla temerarietà o malafede dell'erede che vuole sfogare i suoi odi e rancori, ma è semplicemente la comminatoria dell'inosservanza pura e

¹⁾ *Delle clausole di decadenza dalle liberalità testamentarie* (Not. Ital. 1894, 141).

²⁾ Qualche giudicato è anche in questo senso. Così A. Napoli 22 maggio 1878, Gazz. Proc. XIII, 299.

semplice delle tavole testamentarie. E siccome il fatto dell'intentare una lite è già una violazione del divieto d'impugnativa, l'impugnante è già decaduto, *se non provi* che il divieto era ingiusto. Ora ciò non può sapersi che per mezzo della dichiarazione giudiziale che si presume vera. Vuol dire che l'erede prima d'insorgere contro il testamento dovrà maturamente deliberare, sapendo di agire a suo rischio e pericolo. D'altra parte, accettando l'opinione contraria, si verrebbero a render frustranee le clausole di decadenza, perchè si potrebbe sempre violare il voto del testatore, intentando giudizi, salvo in ultimo ad allegare la propria buona fede.

CAPITOLO III.

Effetti del negozio illecito

108. La reazione dell'ordine giuridico contro la illiceità dei negozi si esercita principalmente mercè la esclusione di effetti giuridici al negozio vietato ¹⁾. Cioè, il negozio *contra legem* è disconosciuto quale negozio giuridico, e rimane allo stato di puro fatto, inerte ed incapace di produrre conseguenze civili. Una dichiarazione di volontà illecita non ha valore e significato di fronte alla legge: essa è nulla.

La nullità ha qui carattere penale, poichè è la punizione che il diritto infligge per reprimere la violazione avvenuta ²⁾. Infatti il negozio completo nei suoi elementi sostanziali, avrebbe in sè la potenzialità di esistere nel campo giuridico, ma la legge vi si oppone e ne impedisce l'esistenza. I glossatori per spiegare questo effetto della nullità, ricorsero sovente alla teoria della finzione, dicendo che la legge in questi casi finge che il negozio vietato non sia mai avvenuto. Questa costruzione però non è giusta. Infatti la legge non finge il non avveramento dell'atto, ma realmente non fa avverare l'atto, poichè toglie ch'esso produca conseguenze giuridiche. Nè si creda che l'inefficacia avviene, quando le parti se ne lamentano in giudizio, perchè il negozio nullo è un non negozio, e se esternamente presenta d'aver operato delle modificazioni nei rapporti giuridici, sono queste delle modificazioni apparenti ed effimere. Non si tratta perciò di una dichiarazione di nullità, con effetti retroattivi al tempo della

1) WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, I, § 82. GRANDEWITZ, *Ungültigkeit oblig. R. geschäfte* S. 300 sg. ENDEMANN, *Ueber d. civilr. Wirkung d. Verbotgesetzes*, S. 69. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag*, S. 51. REGELSBERGER, *Pandekten*, § 174, S. 631.

2) V. ALTIMARI, *De nullitate sententiarum*, I, p. 3: « *Et in odium et poenam transgressorum gesta contra leges et canones pro infectis, cassis ac nullius roboris haberi iussit lex.* »

creazione del negozio, o di una *restitutio in integrum*, mercè la concessione di mezzi giuridici particolari (azioni, eccezioni, *condictiones*) in uno stato adeguato ed analogo a quello anteriore, ma della non nascita dell'atto, per ostacolo della legge.

La nullità del negozio illecito ha inoltre carattere difensivo, in quanto è ordinata a rimuovere quel danno che deriverebbe dalla violazione. Se la legge invero dovesse restare in balia del volere delle parti, essa sarebbe abbandonata alle oscillazioni e tendenze degli interessi privati, ma dovendo proteggere l'ordinamento sociale, essa è dotata d'una forza propria che s'impone ai cittadini, e che come interviene a far nascere degli effetti giuridici, così interviene a impedire questi effetti, se li reputa nocivi alla sociale convivenza.

109. Ma occorre dare brevemente uno sguardo all'evoluzione storica di questo principio della nullità dei negozi illeciti, a cominciare dal diritto romano, e poi attraverso il diritto intermedio, fino al diritto moderno.

Secondo l'*ius civile* ogni azione contraria ad una *lex prohibitiva perfecta* era nulla. Questo principio è generalmente riconosciuto ed esplicitamente sanzionato in varie leggi. Basta ricordare la *Lex Aelia Sentia* in cui è detto ¹⁾: « is qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit », e la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, in cui, essendo proibito di rimaritarsi contro la volontà del patrono, si ritiene nullo il divorzio fatto contro il suo volere, e si considera il matrimonio come tuttora esistente. « *Lex Iulia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere, invito patrono* » ²⁾. Numerose applicazioni poi di negozi illeciti nulli s'incontrano nelle fonti. Tipico il divieto di donazione tra coniugi: « *Sciendum autem est ita interdictum inter vivum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est* » (3 § 10 D. 24, 1). È anche da ricordarsi la nullità della società leonina (49 § 2 D. 17, 2) o contratta *donationis causa* (5 § 2 D. h. t.) e della stipulazione delle usure eccedenti la misura legale. Sono anche nulli e rientrano nel concetto d'illiceità tutti quei negozi che hanno un contenuto *turpis*, e che invece di contravvenire ad una *lex perfecta* contravvengono alla *lex dei boni mores*.

¹⁾ *Inst.* I, 6.

²⁾ *L. un.* § 1 D. 38, 11. A proposito del matrimonio contratto in contravvenzione alle norme proibitive stabilite verso lo stesso, è incisamente detto nelle Istituzioni (§ 12, *de nupt.* 1, 10): « si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur ».

Così il *mandatum turpe*: « *Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur* » (6 § 3 D. 17, 1) ¹⁾; la *societas flagitiosa*: « *flagitiosae rei societas coita nullam vim habet* (70 § 5 D. 46, 1) *rerum inhonestarum nullam esse societatem* » (57 D. 17, 2) ²⁾.

Ora nei contratti riconosciuti dall'ius civile, aventi cioè una causa civilis, e quindi producenti un'azione in giudizio, la non contrarietà del negozio ad una *lex prohibitiva perfecta* od all'*honestas publica* formava un requisito essenziale di esso, e quindi in mancanza, rendeva il medesimo assolutamente nullo. La nullità qui si operava mercè *denegatio actionis*, cioè mercè il ricusamento dell'azione che sarebbe derivata dal contratto. Così in tutti i contratti reali, consensuali, ecc.

Il negozio proibito è nullo, *nullius momenti est*.

Ma ciò non avveniva per i contratti formali, in cui l'efficacia dipendendo unicamente dalla solennità delle parole o dello scritto, non si aveva riguardo al fondamento materiale del contratto. Perciò una *stipulatio* intervenuta *ob flagitium committendum* era secondo l'*ius civile* valida. Infatti si faceva astrazione dalla causa, sulla quale la promessa riposava. Ciò però sembra contraddetto dal principio: « *generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* » (26 D. *de V. O.* 45, 1). Ma è da credersi che la nullità qui non si operava direttamente, ma per mezzo di un'*exceptio doli* concessa più tardi dal pretore per paralizzarne gli effetti.

Adunque, riassumendo possiamo conchiudere che i contratti civili illeciti erano sempre inefficaci, ma che bisognava distinguere i contratti *bonae fidei*, come i consensuali, e quelli *stricti iuris*, come i formali. Nei primi, la nullità si operava mercè negazione dell'azione, senza bisogno d'*exceptio*, perchè nella formola *ex fide bona*, con cui s'intendevano conchiusi questi negozi, era contenuta la forza d'annullamento contro la illiceità ed immoralità degli stessi. Invece nei negozi *stricti iuris* abbisognava un'*exceptio doli* o *in factum* che venisse ad abbattere il negozio formalmente e civilmente valido. Così: « *ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti, exceptione doli mali obstatutum* » (134 D. 45, 1). « *Si ob turpem causam promiseris Titio,.... si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis* » (8 D. 12, 5). Quello che è detto per le *stipulationes contra bonos mores* può dirsi per le stipula-

¹⁾ Cfr. GAI *Inst.* III, 157; 12 § 11 e 22 § 6 D. 17, 1; 35 § 2 D. 18, 1.

²⁾ Cfr. 35 § 2 D. 18, 1; 1 § 14 D. 27, 3.

tiones *contra legem*: la *stipulatio* infatti sussistendo per la semplice solennità delle forme, era indipendente da ogni fondamento causale.

110. Ma ben presto la invalidità civile ebbe a trovare un aiuto ed un completamento nella invalidità pretoria, la quale operava per via d'eccezioni. Taluni ritengono che sia da distinguere la nullità derivante *ipso jure* del diritto antico dalla rescissione del pretore, e che questi due effetti giuridici non possono egualmente comprendersi nel concetto di *lex perfecta*, la quale va intesa restrittivamente ed abbraccia soltanto quelle leggi che rendono inesistente il negozio vietato. Si fa perciò un'antitesi tra le espressioni *nullum esse, non valere, irritum esse*, e le espressioni *rescindi, revocari, infirmari*, notandosi che corre una differenza profonda tra la inesistenza giuridica e la esistenza soggetta alla possibilità dell'annullamento. A queste osservazioni può risponderci, anzitutto che l'argomento letterale dei diversi modi d'indicare la nullità civile o pretoria non ha fondamento, perchè nel comune linguaggio delle fonti non si fa una distinzione tecnica, ma si usa indistintamente l'un modo invece dell'altro; basta ricordare il fr. di Terenzio Clemente (64 § 1 D. 35, 1) in cui è detto: « *ipso iure rescindi quod fraudandae legis gratia esset adscriptum* »; d'altra parte può osservarsi che fra la nullità civile e pretoria non esiste una differenza di sostanza, ma soltanto di forma, non una differenza intrinseca, ma estrinseca, non una separazione, ma un'unione armonica negli scopi voluti raggiungere dall'ordinamento giuridico ¹⁾. L'antitesi tra nullità civile e pretoria si riconnette all'antitesi tra *ius civile* e *pretorio*, ed alla diversa forma processuale adoperata nel diritto antico da quella del diritto posteriore ²⁾. Quando si diceva, se Tizio è obbligato a pagare, *condemna*; Tizio per liberarsi doveva provare di non essere obbligato: qualunque altra eccezione o contropotesa che non fosse contenuta nell'*intentio* non poteva farsi valere, ed il convenuto era condannato. Ma d'altra parte come infondatezza della pretesa che poteva risultare per la contrarietà con una legge proibitiva, si aveva la nullità *ipso iure*. Nel diritto pretorio invece, la *intentio* pur fondata, poteva essere paralizzata da eccezioni contrarie, che, contrapponendosi alla stessa, venivano a modificarla ed alterarla nella sostanza: il risultato finale era però identico, avendosi in ambi i casi la inefficacia della pretesa. Nel diritto civile questa si aveva originariamente per la non fondatezza della domanda, nel diritto pretorio derivatamente ed in seguito ad un'*exceptio*.

¹⁾ ENDEMANN, op. cit. S. 16 e seg.

²⁾ DERNBURG, *Pandekten*, I, S. 280: « *Es liege ein bloss historischer Unterschied vor* ».

Nullità e rescissione dunque sono due forme giuridiche, due fasi di sviluppo del diritto, di cui l'una aveva un campo angusto e rigido, l'altra un campo vastissimo, potendo per la sua mobilità e flessibilità piegarsi e soccorrere alle più svariate forme d'illecito e d'iniquo ¹⁾. Ma l'una e l'altra, sebbene aventi diversa emanazione e diverso modo di svolgimento, pure convergevano ad unico obbietto, e piuttosto che contraddirsi, si cooperavano e completavano a vicenda, talvolta anche intrecciandosi insieme. Così là dove si aveva una *lex imperfecta*, coll'accordarsi un'*exceptio*, si trasformava in legge perfetta, come avvenne per la *Lex Cincia*.

Casi notevoli d'invalidità pretoria sono quelli relativi al mutuo del *filiusfamilias* contro il S. C. Macedoniano e l'*pintercessio mulieris* contro il Vellejano.

Infatti, sebbene questi negozi fossero proibiti da due Senatusconsulti, pure non si aveva per conseguenza la nullità di essi, ma soltanto nasceva un'*exceptio*, a favore del *filiusfamilias* e della donna per paralizzare l'azione spiegata. Per es. alla const. 1 Cod IV, 28 è detto: *exceptio ei denegabitur*, alla const., 6 stesso titolo, si parla di *senatusconsulti auxilium*, e finalmente alla L. 9 D. 14, 6 è esplicitamente espresso: « dicendum erit *Senatusconsulti exceptionem* ei denegandam ». Per il Vellejano, sebbene si trovino frammenti apparentemente contraddittori (18 § 9 D. *ad S. C. Vell.*; 8 § 12 D. 4, 1), pure non è dubbio che anche da esso scaturiva soltanto un'eccezione a favore della donna. « *Aequum autem visum est... mulieri succurri* (1 § 24 D. h. t.) *Mulierem contra S. C. Vellejani auctoritatem non posse interdiceri, eademque exceptione fideiussorem eius uti posse, iuris auctoritas probat* » (14 Cod. IV, 29).

111. Questi principî si continuano invariati nel diritto del codice.

Sparita la distinzione fra *pacta* e *contractus*, è riconosciuta generalmente la regola che ogni negozio che urta contro un divieto civile è nullo:

const. 5 Cod. 1, 14: « *Quod leges fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur* »;

const. 1 § 1 Nov. Th. VIII: « *Quod etiam in omnibus causis cupimus observari, ut generaliter si quid huiusmodi contra ius contravenit utilitatem publicam in quolibet negotio proferatur, non valeat* ».

Però si nota una certa esagerazione nella formulazione di questi principî, perchè con una latitudine sconfinata si esprime rigidamente il concetto che ogni qualunque legge proibitiva opera nullità, dimen-

¹⁾ Cfr. GRADENWITZ, op. cit. S. 258.

ticando i casi, in cui il divieto o dà luogo ad un'*exceptio* rescissoria del negozio, o lascia integra ed efficace l'azione vietata, gravando soltanto una pena.

Questa esuberanza di espressioni notasi fra l'altro nella celebre constitutio Theodosiana, di cui sopra abbiamo riferito un frammento, la quale emanata da Teodosio II nell'anno 434, a proposito dei Curiali che eludevano il divieto contro di loro stabilito d'assumere la procura dei beni alieni, venne conservata monca ed a brani dai compilatori del Codice, spezzando quella relazione e connessione ch'essa aveva col caso riguardato. Troviamo quivi un principio generalissimo che ordina la nullità per tutte le leggi proibitive passate e future — *tam veteres quam novellas* — e che interpretato alla lettera verrebbe a darcì un concetto sconfinato dell'effetto dei divieti. Ma è da ritenersi che questa fu una legge occasionale, la cui ampia espressione informata all'autorità strapotente imperiale, andò oltre lo scopo voluto dal legislatore, e che ad essa quindi non può attribuirsi che un significato limitato e ristretto ¹⁾. Infatti nel Codice stesso esistono numerose leggi proibitive che non ordinano l'effetto della nullità, così il divieto fatto alla donna di non maritarsi prima dell'anno del lutto.

In generale nelle fonti l'inefficacia dei negozi si esprime con le parole: *nullus, nullius momenti, inutilis, inanis, infectus, ineffectus, inefficax, non validus, non ratus, irritus, cassus, ecc.*

112. Il principio della nullità delle leggi proibitive *perfectae* si continua ininterrotto nella dottrina del Medio-evo, e nelle legislazioni barbariche.

Soltanto in quest'ultime è riconosciuto in misura più ristretta, perchè il legislatore in questo tempo si serve per l'osservanza dei divieti non tanto della nullità del negozio, quanto di multe e penali contro i trasgressori, ordinando delle *composizioni* in denaro. Così specialmente nel diritto longobardo e franco. Nel diritto canonico poi troviamo formulata espressamente la regola: *quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi* (c. 64 *de reg. iur.*)

113. Anche il diritto nostro seguendo la tradizione ha ammesso il principio della nullità dei negozi illeciti.

Occorre ora studiare i caratteri di questa nullità.

La nullità del negozio illecito è *originaria* ²⁾, cioè rende il negozio privo di effetti sin dal momento in cui fu creato. Esso è un negozio nato morto, dice l'Endemann.

¹⁾ Vedi una larga discussione di questo principio in ENDEMANN, op. cit. S. 29 e seg.

²⁾ UNGER, *System des oesterr. Privatr.* II, § 91, S. 141.

La nullità del negozio illecito è inoltre *assoluta*, cioè sussiste prima ed indipendentemente da ogni impugnativa e deve pronunziarsi d'ufficio. Infatti la inefficacia, essendo la pena inflitta dall'ordine giuridico, non può subordinarsi al volere delle parti, ma per organo stesso della legge deve seguire in tutti i casi, perchè non venga meno quella funzione tutelatrice ch'essa esercita delle relazioni sociali. Chiunque abbia interesse quindi può far valere questa nullità e toglier di mezzo quella larva di negozio che non ha esistenza giuridica ¹⁾. Così i contraenti, gli eredi, i successori a titolo particolare, i creditori, ecc.

Nè è necessaria una speciale azione per impugnare l'atto. Non c'è bisogno di alcun mezzo giuridico per produrre la nullità, ch'esiste di diritto, per tutti e contro tutti. È un errore quello dell'antica dottrina di ammettere una *querela nullitatis*, prescrivibile in trent'anni. La nullità, essendo negazione dell'esistenza, per decorso di tempo non muta, e resta tale, anche che non sia giudizialmente accertata. Soltanto talora potrà essere utile proporre un'azione pregiudiziale per ottenere un giudicato che affermi la non realtà del negozio. Ma il giudice allora non pronunzia, ma *dichiara* la nullità, egli non fa che riconoscere, constatare uno stato di fatto già preesistente.

Il diritto ad opporre la nullità è imprescrivibile e può esercitarsi in perpetuo ²⁾. Infatti ad esso non corrisponde un'azione, che si possa dire in un dato momento nata, poichè per l'inesistenza nessuna mutazione giuridica si è prodotta ³⁾. Può aversi soltanto la perdita del diritto degli interessati, in seguito a prescrizione acquisitiva di colui cui fu trasferito, ma in tal caso si tratta d'un acquisto originario che segue indipendentemente dall'atto nullo, per il fatto materiale del possesso protratto per un tempo determinato.

Infine la nullità del negozio illecito è *indipendente* sia *dalla scienza delle parti* sia *dal grado della violazione* ⁴⁾.

Non importa che quelli che conchiusero il negozio sappiano di commettere un'azione contro la legge o la morale, o che lo ignorino,

¹⁾ DERNBURG, *Pandekten* I, § 120, S. 281 e nota 4; REGELSBERGER, *Pandekten*, S. 633. MITTEIS in *Ihering's Jahrbücher*, B. 28, S. 107.

²⁾ Cfr. A. Roma 2 aprile 1891 (*Foro ital. Rep.* 1891, *contratto*, n. 22-24). L'azione di nullità di un'obbligazione avente causa illecita o immorale è imprescrivibile. Tale nullità può esser rilevata d'ufficio dal magistrato. C. Roma 23 giugno 1897 (*Legge* 1897, II, 289). Una convenzione nulla in origine perchè delittuosa o fondata su causa illecita rimane nulla e civilmente inesistente, anche dopo che sia estinta per prescrizione l'azione penale nascente dal reato con la relativa azione civile per il risarcimento dei danni.

³⁾ SALEILLES, *De la declaration de volonté*, p. 333.

⁴⁾ LOTMAR, *op. cit.* S. 54.

giacchè la reazione dell'ordinamento giuridico si esercita obbiettivamente sul negozio illecito per sè stesso, cioè impersonalmente contro la violazione e non contro i violatori, e non tien conto dell'elemento della colpa o mala fede, che viene agli occhi della morale ad aggravare la violazione come cosciente.

Il danno del conflitto tra una dichiarazione di volontà e l'ordinamento giuridico, persistendo per sè medesimo ed astrazion fatta dalla intenzione dei contraenti, deve essere in ogni caso rimosso e l'arma della legge non deve arrestarsi o rimanere tentennante di fronte ai possibili sfumati gradi d'ignoranza o d'errore delle parti ¹). Ma può andarsi più oltre. Anche un negozio illecito conchiuso *pietatis causa* e per un fine moralissimo non si sottrae alla nullità. Così una vendita di onorificenza allo scopo che il decorato fondi un istituto pio.

Un'altra particolarità del negozio illecito è che la inefficacia sussiste, anche per una violazione minima dell'ordine giuridico. La legge disponendo come di mezzo più forte di sanzione, della nullità, non può accrescere la pena secondo la grandezza e l'intensità del conflitto fra il negozio e le leggi e l'*honestas publica*; segue perciò che il minimo urto è punito come il più grave, e che un uniforme principio regola tutta quanta la varietà e tonalità del negozio illecito, nella sua repressione.

114. Vediamo ora come si attua ed in che consiste praticamente la nullità.

Le parti con la conchiusione di un negozio vogliono operare una modificazione dei rapporti giuridici preesistenti, cioè vogliono far sorgere od innovare od estinguere un rapporto giuridico. Ora per la nullità questa modificazione non avviene, cioè il rapporto giuridico voluto creare od estinguere o tramutare non nasce nè muore nè si trasforma.

Dal negozio illecito perciò non sorge alcun diritto personale e reale e quindi non può competere un'azione in giudizio sia per l'adempimento o per la riparazione del danno ²), o di rivendicazione.

¹) Vedi GABBA, *Dottrina dell'errore*, p. 93 e 99. Per il diritto inglese, LEHR, *Éléments de droit civ. anglais* p. 531: « *Ignorance of the law excuseth none* ».

²) C. Torino 20 febbraio 1879 (*Racc.* 31, I, 767). Un patto illecito non può attribuire diritti e per conseguenza non può essere provato. A. Venezia 3 febbraio 1891 (*Temi Ven.* 1891, 361). Dell'obbligazione fondata sovra causa illecita, come non si può chiedere l'adempimento, così non danni interessi per l'inadempimento.

Così neanche sorge un obbligo dall'altra parte, nè si avvera la perdita della proprietà ¹⁾).

Il negozio illecito essendo nullo e quindi non producendo rapporti di debito o di credito non può dar luogo nemmeno ad una valida trasmissione di essi, poichè non si trasmette ciò che non esiste. Quindi il cessionario o creditore surrogato non acquistano niente per la cessione o surrogazione, e possono rivolgersi in garanzia contro il loro autore. Lo stesso si dica nella trasmissione passiva, quando alcuno assume volontariamente l'obbligo di un altro, senza che preesista alcun rapporto obbligatorio fra lui ed il debitore, come nell'accollo, o l'assuntore sia alla sua volta debitore del debitore originario, come nella delegazione imperfetta. Questi atti non possono avere alcuna efficacia, perchè il debito non esiste giuridicamente.

Infine l'obbligazione illecita non avendo legale esistenza, non può neanche concepirsi una valida estinzione della medesima.

Così un pagamento, compiuto per soddisfare un debito per causa illecita, non vale. La compensazione non può operarsi fra un debito riprovato ed un debito valido, perchè, la compensazione suppone che i due rapporti opposti e contrari intercedenti fra due persone, siano entrambi efficaci per estinguersi a vicenda. La novazione non può aver luogo fra un'obbligazione valida ed un'obbligazione viziata d'illiceità, perchè se il debito non esiste e la liberazione quindi non ha ragion d'essere, vien meno anche il fondamento causale dell'obbligazione novata, la quale è inefficace.

Questi principî hanno un'importante applicazione in tema di novazione cambiaria. È riconosciuto ormai dalla dottrina dominante che quando alcuno in pagamento d'un debito precedente rilascia delle cambiali, e l'altro accetta i titoli in soddisfazione del credito, si operi talora una novazione, in quanto all'obbligazione antica che rimane estinta si sostituisce l'obbligazione nuova cambiaria. Infatti non vi è difficoltà ad ammettere che si possa avere una novazione tacita, se dall'atto risulti implicitamente la volontà di novare, il che avviene nel caso che la seconda obbligazione è incompatibile con la prima e non è possibile concepire secondo l'intenzione dei contraenti la loro sussistenza contemporanea.

¹⁾ C. Torino 15 febbraio 1867 (*Legge*, VII, I, 865): La convenzione diretta ad offender leggi sancite nell'interesse della società non può per sè stessa esser fonte di diritti e d'obblighi fra le parti, e perciò se delle merci in contrabbando confiscate dalla dogana, era proprietario il committente, esse periscono a suo danno, nè il vetturale è tenuto a compensargliele.

Ora, se il debito precedente è turpe e quindi giuridicamente invalido, anche la cambiale emessa sarà nulla, salvo l'influenza della forma. Quindi, se come prezzo della corruzione del giudice o di merci di contrabbando da te acquistate, io rilascio un titolo cambiario, potrò opporre di fronte al creditore l'eccezione di causa illecita, ma non contro il terzo giratario di buona fede.

Riassumendo, dunque il negozio illecito lascia integri ed inalterati i precedenti rapporti, la posizione giuridica anteriore resta immutata.

Segue da ciò, che se alcuno, in esecuzione di un contratto illecito, presta qualche cosa, egli paga un *indebitum*, e può ripetere (1237).

Nel diritto nostro più che di ripetizione dell'indebitum, si deve a rigore parlare di restituzione o di rivendicazione dell'indebitum¹⁾. Giacchè la cosa trasmessa in soddisfazione di un'obbligazione nulla non diventa proprietà del ricevente, ma resta soltanto materialmente detenuta da lui; *dominus* è sempre il *solvens* non obbligato a pagare. La tradizione senza un fondamento giuridico non vale a trasferire ed a fare acquistare nel diritto nostro il dominio.

Invece nel diritto romano la tradizione, come contratto reale, operava per sè stessa il passaggio della proprietà. « *Per traditionem quae jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi* » (9 § 3 D. 41, 1). Era necessario soltanto l'effettiva tradizione della cosa e l'*animus transferendi*, del resto si rispettava la volontà obbiettivamente determinata di far passare la proprietà in un altro. « *Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua* » (21 § 1 D. h. t.). E non importava la causa del passaggio, cosicchè se anche vi fosse dissenso fra dante e ricevente su questa causa, la tradizione rimaneva ferma. Così Giuliano: « *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio* » (L. 36 D. h. t.). E se nelle fonti si accenna ad una *iusta causa praecedens* dell'acquisto, ciò era per servire a specificare e rafforzare questo *animus transferendi*, ma non costituiva un elemento nuovo e diverso, necessario per la validità della tradizione. Non è meraviglia quindi, come il pagamento di una *res* per causa illecita fosse valido, e potesse soltanto venire rescisso mercè una *condictio*.

115. La questione della validità del pagamento operato per causa illecita è una delle questioni più ardenti della dottrina, e che merita perciò un più ampio sviluppo. Soltanto voglio notare che

¹⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, pag. 301.

il motivo per cui le opinioni si sono intrigate, e sono state dissonanti, sta forse, nel non aver prestato sufficiente attenzione e nell'aver trascurato una divisione netta e precisa del diverso sistema giuridico romano e moderno, tenuto in questa materia, confondendo spesso le attuali azioni ripetitorie con le antiche *condictiones*. La nostra ricerca perciò sarà anzi tutto puramente storica, trattando prima dei fondamenti giuridici che nel diritto antico erano richiesti per il trasferimento della proprietà, e dei *rimedii* introdotti per correggere l'ingiustificato arricchimento, poi del sistema tenuto dal diritto nostro per la traslazione dei dritti reali e delle condizioni necessarie alla sua validità.

Nel diritto romano la causa, cioè la ragione giuridica obbiettiva che giustifica la pertinenza di un dritto e quindi il suo acquisto e la sua perdita è riposta in uno stato di fatto, astrattamente determinato dal diritto positivo, e risultante da certi requisiti materiali e formali che la legge vuole adempiuti per far nascere un effetto giuridico. Il contratto se non è munito di una *causa civilis*, non produce azione. Questa causa, come un contrassegno esterno e visibile, caratterizza la convenzione e ne concede l'azionabilità. Sotto il concetto di causa si comprendono quelle categorie di modi storicamente formati, in cui deve esprimersi e manifestarsi la convenzione, così: *mancipatio*, *traditio*, *verba, litterae*, *consensus*, e che danno luogo rispettivamente ai contratti reali, verbali, letterali, consensuali.

La legge, cioè, fissa certe forme e modi d'acquisto o d'obbligazione, e chi vuole ottenere quegli effetti deve conformarsi ai mezzi tipici ufficialmente ed esclusivamente riconosciuti, per raggiungere, quel dato risultato giuridico. Così abbiamo la *mancipatio* e la *traditio*, la *stipulatio* ed *acceptilatio*, l'*in iure cessio*, l'*expromissio debiti*, l'*expensilatio*, e poi, l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*, il *mandatum*, ecc., i quali giuridicamente servono a produrre la nascita o l'estinzione d'un'obbligazione od a fondare un trapasso di proprietà.

Tutti questi contratti, oltre della forma esteriore di cui sono rivestiti, presuppongono ancora delle condizioni speciali, inerenti alla loro sostanza, sia in ordine alla persona dei contraenti od all'oggetto del contratto, od al contenuto di esso; le quali devono esser verificate e sussistere, perchè il modo d'acquisto sia efficace. Così la persona contraente non può essere un *infans* od un *furiosus*, la cosa contrattata non può essere *extra commercium*, oppure non può essere una *res aliena*, se per il negozio è richiesta la qualità di una *res propria* (così nella tradizione, nella soluzione), il contenuto non può esser contrario

ad una *lex perfecta*, ecc.: tutte queste qualità del negozio, ove manchino, rendono lo stesso assolutamente nullo.

Per cui la invalidità civile poteva aversi per doppia maniera: o per difetto di un modo d'acquisto civilmente riconosciuto (causa) o per mancanza e contraddizione di certi elementi concettualmente essenziali all'esistenza del modo d'acquisto. Quando poi il negozio era rivestito di una causa *civilis* ed integrava questi elementi, esso produceva in tutti i casi effetti giuridici.

Ma intanto poteva avvenire, che questo effetto assicurato dalla legge del trapasso patrimoniale e della nascita od estinzione di un'obbligazione, venisse a contraddire ad un principio di giustizia o d'equità o di moralità, in quanto il diritto acquistato o il credito stipulato o la liberazione ottenuta, mancasse di una materiale ragione giustificativa, o andasse contro ad un imperfetto divieto di legge, od avesse per fondamento un'offesa ai buoni costumi. Cioè, poteva presentarsi una di queste tre ipotesi: o che la modificazione del rapporto giuridico fosse originariamente *sine causa* (e qui *causa* va inteso, non nel senso tecnico di *causa civilis*, ma come motivo giustificativo dell'arricchimento o perdita patrimoniale) o che lo divenisse in seguito, o che la causa fosse *iniusta e turpis*. Così, Tizio si obbliga per stipulazione, ma il motivo per cui egli promise era inesistente o falsamente supposto: tuttavia egli è obbligato a pagare. Oppure, Caio pagò un legato sul fondamento di un testamento che più tardi fu riconosciuto nullo, ovvero diede una somma *ob maleficium committendum*. In tutti questi casi segue immancabilmente un effetto formale civile, cioè la nascita o l'estinzione di una obbligazione o la trasmissione di un diritto, la quale sebbene civilmente valida, materialmente però, è contraria ai principî dell'onesto e del giusto. Avviene infatti una diminuzione patrimoniale nei beni di uno ed un corrispondente arricchimento dell'altro, senza una ragione giustificativa.

Da qui, la necessità di un *correttivo* che venisse a rescindere questo acquisto, ed a ristabilire l'equilibrio fra i due patrimoni turbato, che venisse insomma a rimettere il danneggiato nella posizione di prima ed a ritogliere all'arricchito l'ottenuto ingiusto arricchimento, e questo correttivo prodotto dall'equità, fu dato nelle *condictiones*, che sono delle *azioni rescissorie* dirette contro un acquisto patrimoniale civilmente valido, ma deficiente di una materiale causa giustificativa. La *condictio* opera *distruendo* l'accrescimento patrimoniale, giuridicamente fondato.

Ed allora viene a delinearsi in tutta la sua purezza un doppio sistema giuridico, seguito nel diritto romano. Da una parte noi ve-

diamo tutte le alterazioni patrimoniali, giuste od ingiuste, ma non operate per la forma di un contratto civile e colla integrazione dei requisiti naturali al medesimo, esser colpite da nullità.

D'altra parte, quelle alterazioni patrimoniali che fossero civilmente valide e perfette, ma che si trovassero colla causa materiale d'acquisto in una relazione viziosa ¹⁾, sia questo vizio fosse mancanza o ingiustizia o *turpitudò* della causa, venire rescisse e revocate mercè una *condictio*.

Le *condictiones* perciò presuppongono un acquisto civilmente fondato e riconosciuto come esistente, cioè che il bene o valore trasferito sia entrato definitivamente nel patrimonio altrui, e che l'*acquirens* ne sia divenuto proprietario; dappoichè non può in alcun modo revocarsi od annullarsi ciò che non esiste. Per es. l'arricchimento operato per mezzo di una donazione tra coniugi, è nullo, e quindi non può dar luogo a ripetizione, ma a rivendicazione di ciò che materialmente e non giuridicamente si è trasmesso. Presuppongono altresì che questo acquisto contemporaneamente produca un arricchimento ingiustificato da una parte ed un danneggiamento ingiustificato dall'altra.

Quindi le *condictiones* introdotte nel diritto romano come mezzi ausiliari per correggere l'ingiusto arricchimento hanno un carattere tutto proprio: sono cioè delle *azioni rescissorie* che si dirigono contro un negozio civilmente valido, distruggendo quel vantaggio pecuniario e rilevando quel danno patrimoniale corrispettivo derivato da esso, che sta in un rapporto difettoso colla causa materiale d'acquisto.

Perciò è da escludersi ogni paragone con le azioni ripetitorie moderne, che sono invece la conseguenza della nullità del negozio, piuttosto che il correttivo di un negozio giuridicamente valido.

Riassumendo, possiamo dire che secondo il diritto romano, la tradizione come contratto civile, producendo effetto per sè medesima, dava luogo alla trasmissione della proprietà. Sussidiariamente a modificare e rescindere l'arricchimento ingiusto che poteva derivare da tale acquisto, soccorrevano le *condictiones*.

116. Ed ora veniamo al diritto nostro.

Quali sono le condizioni perchè sorga un vincolo giuridico ed avvenga un acquisto efficace?

Anche qui dobbiamo partire dal concetto di causa. Poichè la nostra legge subordina l'efficacia dei contratti all'esistenza d'una causa lecita d'obbligarsi. Sul concetto di causa però nel diritto moderno

¹⁾ Cfr. VOIGT, *Conditiones ob causam*.

ferve vivissima la disputa, e non si è riusciti ancora ad un'esatta determinazione, nonostante che attorno a questo tema si siano affaticati i più eccelsi ingegni del mondo giuridico. Noi non possiamo che dare un cenno fugacissimo della questione.

Si possono distinguere due sistemi d'opinioni: l'uno della causa *subbiettiva*, che concepisce cioè la causa come un movente psicologico e determinante la volontà dei contraenti, l'altro della causa *obbiettiva*, che riguarda la causa come un elemento esteriore, estraneo alla determinazione delle parti e stabilito dalla legge come condizione dell'efficacia civile del negozio. Il primo di questi due sistemi è rappresentato dalla scuola francese e dalla maggior parte dei nostri scrittori e fa capo finalmente in Germania colla teoria del *presupposto* di Windscheid. L'altro sistema è abbracciato dalla maggioranza degli scrittori tedeschi, e solo isolatamente in Italia, dove stenta a penetrare.

La causa, secondo la prima di queste teorie, consiste nello scopo immediato e diretto che si propongono i contraenti, nell'assumere un'obbligazione, cioè, nel *perchè* l'obbligazione è stata assunta. Venendo poi a concretare qual'è questo scopo voluto dalle parti, lo si riscontra, nell'interesse rispettivo che ciascuno ha nel contratto, ossia, nel fatto vantaggioso dell'altro contraente, in vista del quale l'uno si è deciso a contrarre.

Questa dottrina però non è esatta, anzitutto perchè pone a fondamento dell'obbligazione un motivo determinante del consenso, ciò che giustifica il pensiero di coloro che ritengono la causa come un elemento illogico ed inutile del contratto, d'altra parte non spiega perchè il legislatore faccia dipendere la protezione giuridica dalla esistenza di questo requisito.

Più fondata invece è la seconda teoria, che ritiene che la volontà delle parti per sè sola non ha il potere di creare un vincolo riconosciuto dal diritto, che l'efficacia obbligatoria non è il prodotto esclusivo dell'arbitrio dei contraenti, ma dipende da circostanze esteriori che devono sussistere a giustificare la tutela legale. La legge non è pedissequa della volontà degli individui e cieca esecutrice dei loro benepiaciti, essa non si uniforma passivamente alle loro determinazioni, sanzionando in tutti i casi e prestando indifferentemente forza obbligatoria agli accordi dei privati, ma interviene direttamente ad integrare il consenso e rivestirlo d'efficacia civile, quando trova esso meritevole di tale protezione. Ora appunto la ragione giustificatrice dell'intervento legale, il motivo per cui la legge sente di far scaturire effetti e di accordare la sua protezione ad una dichiarazione di volontà, si dice causa.

Più difficile però riesce a determinare questo fondamento giuridico (*Rechtsgrund*), a cui è legata la positiva efficacia del negozio. Qui le opinioni sono varie.

L'Endemann ¹⁾, l'Hartmann ²⁾, il Bekker ³⁾ si limitano a dire che la promessa deve giudicarsi con un criterio obbiettivo, corrispondente ai materiali scopi del commercio, che cioè soltanto quella promessa è obbligatoria che riposa ed è giustificata dai bisogni della vita commerciale. Così gli obblighi assunti come equivalente di una controprestazione (*contratti commutativi*) o quelli diretti a favorire ed arricchire un altro (*contratti gratuiti*).

Anche la giurisprudenza inglese e americana segue questa corrente, poichè riconosce efficacia obbligatoria soltanto a quei contratti che hanno a base una *good consideration*. L'origine di questa teoria si trova nel diritto medioevale, in cui era ammesso il principio che le alienazioni non potevano esser gratuite, tranne quelle fatte ai parenti prossimi, ma che dovevano ricevere una controprestazione valutabile in denaro. E la *good consideration* denota proprio un equivalente di valore pecuniario, a cui si assimila uno svantaggio od una perdita, e ad ogni modo basta che vi sia *any degree of reciprocity* ⁴⁾.

Altri scrittori hanno voluto giungere ad una più precisa determinazione del concetto di causa. Il Van Bemmelen ⁵⁾ dice che la causa è la *transazione economica* che forma il substrato dell'atto giuridico, il Venezian ⁶⁾ che la causa consiste *in quel fatto da cui deriva o può derivare un'alterazione negativa nella sfera di diritto del promissario*, lo Spaltenstein ⁷⁾ che la causa è la *ragione economica* del contratto, ecc.

Noi non possiamo internarci in questa questione, ci basta sapere che nel diritto nostro l'efficacia dei contratti presuppone la realtà di una causa, la quale comunque teoricamente si voglia concepire, nella sua concreta manifestazione risiede però, o nella controprestazione altrui (*causa onerosa*) o nella cosciente e volontaria mancanza di questa controprestazione (*causa lucrativa*) ⁸⁾.

E poichè i contratti possono essere costitutivi, modificativi o estin-

1) *Handb. des bürg. Rechts*, I, § 108, S. 466.

2) *Archiv für civil. Prax.*, B. 77, S. 161-243.

3) *Pandekten*, II, § 94, S. 85 e Beil., II.

4) Cfr. WHARTON, *Commentary on the law of Contrats*.

5) *Notions fondamentales de droit civil*, p. 134, Amsterdam, 1892.

6) *La causa dei contratti*, Roma, 1892.

7) *Das specifisch iuristische Geschäft*.

8) HASENHÜRL, *Oesterr. Obligationenrecht*, I, S. 372.

tivi, ed il pagamento è la forma tipica di contratto estintivo, viene di logica conseguenza che anche il pagamento deve avere una causa. Ogni pagamento presuppone un debito: ciò ch'è pagato senz'esser dovuto è ripetibile (1237).

E poichè la illiceità della causa si parifica all'assenza di causa, ne viene che il pagamento per causa illecita è nullo, e che la proprietà della cosa trasferita non passa nell'acquirente, ma può rivendicarsi contro qualunque possessore.

Perciò, a differenza del diritto romano che riconosce la tradizione come un contratto reale astratto d'alienazione, che operava il passaggio del dominio, da noi la tradizione ha soltanto valore, in quanto essa è operata come esecuzione di un'obbligazione precedente. La proprietà infatti si trasferisce per virtù del consenso, per effetto di convenzioni, dice l'art. 710. Ora, se per il trapasso del dominio è necessaria una convenzione, e se per la validità della convenzione è necessaria una causa, segue che anche il passaggio della proprietà deve posare su fondamento causale, ed ove questo manchi, la traslazione del diritto non si opera.

Quindi si può sempre ripetere l'indebito pagato.

Inoltre, l'*accipiens* per causa illecita essendo da parificarsi ad un possessore di mala fede è tenuto anche alla restituzione dei frutti (1147) nè ha diritto di ritenzione per causa di miglioramenti (706) ed è responsabile come un debitore moroso del deterioramento e perimento della cosa ricevuta (1148).

Questi principi soffrono una restrizione riguardo i beni mobili. Siccome per questi il possesso riguardo ai terzi di buona fede vale titolo (707), così l'azione di rivendicazione del *solvens* per causa illecita deve arrestarsi di fronte a loro.

Invece per i beni immobili, la *rei vindicatio* è indefinitamente ammessa contro chiunque acquista il bene nullamente trasmesso per causa illecita.

Nè vale quel che obietta il Giorgi, che ammettendo la nullità del pagamento si avrebbero gravi inconvenienti, come quelli della nullità degli atti traslativi e lo sconvolgimento del nostro istituto di pubblicità della trascrizione; anzitutto perchè contro la logica giuridica non si discute, e poi, perchè non c'è proprio da inorridire alle conseguenze disastrose dell'annullamento dei diritti posteriori, quando la nostra legge ed il nostro istituto di pubblicità è così difettoso e monco, da lasciare adito in altri numerosissimi casi alle stesse conseguenze della nullità successiva di tutti i passaggi, colla risoluzione o rescissione od annullamento del primo acquisto originario. Appunto

per riparare a queste conseguenze il diritto germanico adotta il sistema romano di rendere l'acquisto indipendente dalla causa e correggere l'ingiustificato arricchimento mercè delle *condictiones*.

Infatti la proprietà dei beni mobili si trasferisce per la tradizione astratta. La proprietà dei beni immobili anche per un negozio astratto che è l'*Auflassung* (§ 873 cod. germ.). Cioè, per trasferire il dominio di un fondo basta che il trasferente si accordi con l'acquirente nella volontà del trasferimento, e ne faccia il *rilascio*, mercè la iscrizione di tale mutamento nel libro fondiario. L'iscrizione opera l'acquisto di proprietà, e qualunque azione rivendicatoria deve arrestarsi di fronte all'immobilità dei libri fondiari, come di fronte alla verità di una cosa giudicata.

Questo stato di dritto che può urtare contro le materiali prescrizioni dell'equità è sussidiariamente corretto mercè delle azioni di ripetizione. Così al § 817 è detto: Se lo scopo di una prestazione fu determinato in guisa che col ricevimento il ricevente è andato contro un divieto di legge o dei buoni costumi, il ricevente è tenuto alla restituzione.

117. Però è discutibile, se questo principio rigoroso che ammette senza limiti la ripetizione del *datum ob turpem causam*, abbia subito nel diritto nostro una modificazione, se non espressa, almeno tacitamente consentita da una tradizione secolare, la quale si è imposta e sovrapposta al nostro diritto.

Nel diritto romano è costantemente applicata la regola, per cui la *condictio* è esclusa, tutte le volte che vi sia *turpitudine* nel dante o *turpitudine* reciproca nel dante e nell'accipiente.

L. 3 § 3 D. *de calumn.* 3, 6: « Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit ».

L. 5 § 1 *eod.*: « Sed etiam praeter hanc actionem, condictio competit, si sola turpitudine accipientis versatur, nam si et dantis, melior causa erit possidentis ».

L. 3 D. 12, 5: « Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus » (Paul. l. 10 *ad Sab.*).

L. 8 D. 2, 1. « Porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potius esse: et ideo repetitionem cessare, tamen si ex stipulatione solutum sit » (Paul. l. 8 *Quaest.*).

L. 4 D. *h. t.* e § 1: « Idem si ob stuprum datum sit: vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se, cessat enim repetitio. Idque Sabinius et Pegasus responderunt. Idem si dederit fur, ne proderetur, quo-

niam utriusque turpitudō versatur, cessat repetitio » (Ulp. l. 26 ad Edict.).

L. 5 D. 12, 7: « Quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potiore esse possessorem » (Papin. l. 11 Quaest.).

C. 2 Cod. IV, 7: « Cum te propter causam contra disciplinam temporum meorum donum adversariae dedisse profitearis: frustra eum tibi restitui desideras. In pari causa possessoris conditio melior habeatur ».

La ragione perchè era negata la ripetizione del *turpiter datum* deve rintracciarsi nel principio accolto dal sistema giuridico romano, per cui *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* (134 § 1 D. de reg. iur.) e che aveva per corollario l'altro principio: *Nemo de improbitate sua consequitur actionem*. Questo concetto di togliere al petitore qualunque vantaggio potesse derivare dalla sua azione turpe o maliziosa, si trova espresso ancora in vari luoghi e da altri giureconsulti. Così Marcello nega che contro l'eccezione del dolo possa opporsi la replica del dolo, e Labeone, che è dello stesso parere, dice: infatti è cosa ingiusta che la malizia comune riesca di premio al petitore e di danno al convenuto, mentre è conforme ad equità che l'attore nulla consegua da quanto ha perfidamente operato. « Ait enim iniquum esse, communem malitiam petitori quidem proemio esse; ei vero cum quo ageretur, poenae esse: cum longe aequum sit ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi » (L. 4 § 13 D. 44, 4).

Il Seeger ¹⁾ spiega questa regola per cui è esclusa la ripetizione del *turpiter datum* per una ragione morale, dicendo che se dipendesse dall'arbitrio del prestante di ripetere la cosa, *re non secuta*, sarebbe da temersi nell'*accipiens* che non s'impegnasse di far riuscire l'avvenimento turpe, per cui fu dato, per conservare la prestazione.

La esclusione della *condictio* da parte del *solvens*, aveva per singolare conseguenza di far divenire più vantaggiosa la posizione dell'accipiente che in tal modo era assicurato di non dover restituire la prestazione ricevuta e della quale era in possesso. Ciò portò alla formulazione dell'altro principio: *In pari causa possessorem potiore haberi debere* (128 D. de reg. iur.) Paul., ad Ed., o come dice Ulpiano: *Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa* (L. 154 D. de reg. iur.) o, come abbiamo visto, nei testi citati: *in pari turpitudine melior est conditio possidentis*.

¹⁾ De repetitione ob turpem rem datorum cessante (Dissertatio), Stuttgart 1854, p. 36.

Un'applicazione combinata di questi principî si ha in materia di società.

Se il socio avesse acquistato con mezzi proibiti o per causa disonorevole un qualche bene, il consocio non poteva domandarne il conferimento, perchè avrebbe istituita un'azione, con cui veniva a confessare d'aver contratto una *societas turpis*, e dalla sua turpitudine non poteva derivare alcun mezzo giuridico. « *Socius omnium bonorum non cogi conferre quod et prohibitis causis acquisierit* » (52 § 17 *pro socio* 17, 2). « *Quod autem et furto vel et alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est* » (53, *eod.*). Ma se il socio avesse volontariamente conferito, ciò che acquistò mediante delitto, non poteva prelevarlo, sotto il pretesto che si trattava d'un *compendium turpe*; infatti essendovi pari turpitudine, diveniva migliore la condizione del possessore. « *Plane, si in medium collata sit, commune erit lucrum* » (53, *eod.*). « *Quod aliter ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit* » (L. 54, *eod.*). Pomp. l. 13 *ad Sab.*

Sebbene la prestazione *ob turpem causam* fosse irripetibile, è dubbio però se potesse ripetersi il *pignus* dato a garanzia di un'obbligazione turpe. Io credo che nel diritto romano doveva ammettersi la ripetibilità, essendo inapplicabili i principî su esposti e d'altra parte dovendosi ritenere che essendo nulla l'obbligazione principale, doveva anche esser nullo il pegno accessorio e quindi la tradizione *pignoris nomine* ¹⁾. Ma questo risultato non è accolto pacificamente dai Romanisti, sebbene la Glossa annota la L. 2° D. 12, 5: « *si quis eius, quod iudici promiserit ut secundum se iudicaret, pignora dederit, pignorum repetitioni locum esse, idque argui a L. 3 §, D. 13, 5* ». Il Glück ²⁾ infatti nega che *in utriusque turpitudine* potesse venirsi alla ripetizione del pegno. Così anche il Weber. Thibaut distingue: se il pegno fosse distratto ed il creditore si fosse già pagato, non competeva la ripetizione, ma se il pegno restasse ancora presso il creditore, era ripetibile. Ma credo la distinzione inesatta.

118. Sebbene la condizione del possessore fosse migliore di quella del petitore, ed il *solvens* si vedesse impedito di ripetere la cosa data *ob turp. caus.*, pure non è da credersi che in ogni caso l'accipiente rimanesse in possesso della cosa turpemente ricevuta. Certe volte anzi egli era punito con un'azione penale, per cui era costretto a restituire al terzo, a cui danno era rivolta l'azione turpe, il ricevuto,

¹⁾ BÜCHEL, *Über die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen.*

²⁾ *Erläut. der Pandekten*, B. XIV, S. 41.

più una parte del proprio a titolo di ammenda. Così colui che riceveva denaro *ut calumniae causa negotium faceret*, cioè per intentare maliziosamente e cavillosamente una lite, era condannato al quadruplo, e trascorso l'anno, al *simpulum* in favore di quello contro cui si voleva intentare l'azione calunniosa. Quest'azione del terzo contro il calunniatore si estendeva anche agli eredi di lui, però in *id quod pervenit*. « Nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri. Ut puta, ob falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum, et heredi extorquebitur, et si quid aliud scelere quaesitum » (L. 5 D. 3, 6).

Altre volte, era stabilito a titolo di pena che il *datum* andasse al fisco, e quindi nè il dante nè il ricevente percepissero alcun vantaggio. Così nella Novella 124 c. 2 Giustiniano stabilì che i giudici, i quali ricevessero dalle parti in giudizio qualche dazione o promessa, fossero condannati al triplo del dato ed al doppio del pattuito verso il fisco. Anche per le nozze incestuose, troviamo che la dote prestata con le sue fruttificazioni anche perceute, andasse a beneficio dell'erario. « Incestae nuptiae neque dotem habent: et ideo omne quod perceptum est, licet fructuum nomine, auferetur » (52 D. 23, 2). Cfr. L. 61 *ead.* e c. 8 § 1, Cod. V, 4.

119. Questi principî si continuano nella dottrina del Medio Evo.

La Glossa alla L. 3 *de cond. ob turp. caus.* dichiara l'irripetibilità del dato. « Sed apud accipientem non remanet, sed dat fisco ». L'esempio tipico portato dagli scrittori medioevali di *turpiter datum* è quello che si dà alle meretrici, ma forse ingannati da quella *nova ratione* di Labeone e Marcello (4 § 3 D. 12, 5) ammisero il diritto nelle meretrici di professione a poter ripetere il *promissum*. Bartolo: « mercedem promissam repetere potest ». Ed anche Fabro lo segue, però limita soltanto questo diritto alle meretrici *quae palam quaestum faciunt*, mentre Bartolo lo estende anche *ad eas quae occulte fornicantur*. Invece Cino da Pistoia sostiene non esservi differenza — *nihil interesse* — tra prostituzione occulta e privata, ed ammette *non posse mercedem promissam peti*.

Quanto alla restituzione, il Brunemann ¹⁾ osserva, che la meretrice occulta non deve restituire la mercede — *quia se prodere non tenetur* — ma se si scoprisse, è tenuta alla restituzione. Viceversa la meretrice pubblica, « quae toleratur auctoritate publica et de turpi quaestu vectigal solvit, nec amasio, cuius eadem turpitudine, nec fisco, quia accepit cum consensu principis, *accepta restituere tenetur* ».

È curioso ricordare a questo proposito lo strano criterio con cui

¹⁾ *Comm. ad Paul.* ad 3 e 4 *de cond. ob turp. caus.* n. 33.

si determinava quando una donna che si prostituisse potesse dirsi meretrice. Secondo un'opinione, come si vede di maniche larghe, meretrice era quella che almeno fosse discesa a 200 coiti.

Come si facesse a determinare con tanta precisione il numero esatto per potere sanzionare ufficialmente la prostituzione, non si capisce. Saliceto chiama meretrice quella che si abbassa con 20 persone *vel in lupanarium habitat* ¹⁾.

Cuiacío ²⁾ concepisce il fatto dell'irripetibilità del dato per reciproca turpitudine come una compensazione della turpitudine stessa. « In pari causa, *ob mutuum delicti compensationem, potior est conditio possessori* ».

Il Voet riproduce la teoria romana: « *condictione ex turpi causa denegari, melioremque, tamquam in pari turpitudine ac causa, possidentis conditionem esse, responsum est* ». Ma questi lucri non restano agli accipienti, perchè se nessun terzo appare, cui interessi non esser stato dato per causa turpe, sarà equo toglierli agli stessi, « *tamquam indignis et a fisco vindicari* » ³⁾.

Lo Struvio ci dà poi una teoria completa. Il fondamento della *condictio ob turp. caus.* è il quasi delitto, cioè l'« *acceptio ex turpi causa tamen quia delinquit, quod ex maleficio obligatus, intelligitur* ». La *causa turpis* è poi *naturaliter* aut *civiliter*: l'una, quando la stessa *naturalis ratio* mostra la turpitudine, l'altra, quando interviene un divieto civile, così il *pactum de quota litis*, il contratto *de hereditate viventis*, ecc.

La *turpitude* poi può essere *solius accipientis*, quando « *datur ne fiat quod iure prohibitum est, vel ut fiat quod accipientis iure facere videtur* », così « *ne alteri iniuriam faciat* ».

Oppure, *solius dantis*, e finalmente, *utriusque*. In tal caso vige la regola: *in pari turpitudinis causa potior est pars possidentis*.

120. Intanto nel dritto intermedio, il principio romano che nessuno poteva fondarsi sul proprio delitto o sulla propria azione turpe per conseguire un vantaggio od intentare un'azione, si viene a trasformare ed esprimere in una forma nuova, che assume poi dei significati particolari specialissimi, cioè: *Nemo potest allegare propriam turpitudinem. Allegans propriam turpitudinem non auditur. Turpitudinem detegere iure non est permissum*.

1) STRUVII, *Syntgmata*, t. V, l. 12, ex. 18.

2) *Opera*, Vol. IX, ad Cod. al l. 2 e 5 *cond. ob turp. caus.*

3) Anche DUARENO (*Comm. ad tit. de cond. ob turp. caus.*): « *cum turpitude versatur ex parte utriusque condictio non datur et quod datum est penes accipientem manet* ».

Vediamo ora qual'è l'estensione ed il significato che si attribuisce nel Medioevo a questi ditterî. Noto, che in tale ricerca mi servirò in particolar modo di uno studio dello Stryck, il quale fortunatamente ci ha lasciato una *disputatio* speciale sull'argomento ¹⁾.

Lo Stryck viene anzitutto alla determinazione del concetto di *turpitude*. Prima della legge, egli dice, non si può concepire una *turpitude*, e siccome il legislatore è Dio o l'uomo, la *turpitude* è *divina* od *umana*. Secondo altri scrittori la *turpitude* umana si suddividua in *naturalis* e *civilis*. La *naturalis turpitude* è quella *quae ex principiis cordibus hominum inscriptis deducenda est*, la *civilis*, *si quid contra leges humanas fiat. Est videlicet turpitude civilis, quoties abstrahendo a jure naturali actus per leges civiles est prohibitus*. Lo Stryck combatte questa distinzione, dicendo che l'*ius civile* non è altro che l'espressione dell'*ius naturale*. Il legislatore nel fare le leggi segue la norma del diritto naturale, nè comanda ciò che da esso è vietato o vieta ciò che da esso è comandato. Se talora si allontana dal dritto naturale, è quando vi è costretto *ex iustis causis*, come *salus reipublicae*, ecc. Così, quando la legge fissa un limite alla lesione, non è perchè approvi una lesione minore, ma perchè è utile, ad evitare litigi, di stabilire un criterio permanente e sicuro di decisione.

In tal modo lo Stryck risponde a quegli scrittori che obbietano: « non omnia quae iure naturali, sunt prohibita pro turpibus etiam civiliter sunt habenda », riconducendo le proibizioni alla *naturalis turpitude*.

Un atto vietato dalla legge è anche naturalmente *turpis*, per il principio generale che *imperanti sit parendum*. Se si dice *turpitude civilis*, è per indicare soltanto la causa prossima che è la legge. Così, le donazioni tra coniugi *ad delicta civilia referri possunt*.

La *turpitude* deriva dunque sempre da un atto proibito, o dalla coscienza o dal legislatore, quindi *turpitude* è soltanto quella, *quae involvit iniustitiam vel naturalem vel civilem*. Perciò non ogni atto nullo può dirsi turpemente fatto, così un atto mancante di forma o di un requisito essenziale. « Non omnis actus nulliter gestus potest dici turpiter gestus aut continere turpitudinem, nam turpitude dicitur, ea quae cum quadam infamia deturpat aliquem propter aliquod male factum vel dolose vel cum ignominia ». Quindi per *allegatio propriae turpitudinis* s'intende « confessionem eius, quod quis contra leges tam naturales tum civiles commisit, eo animo producta, ut in ea se fundat ad certum effectum iuris consequendum » ²⁾.

¹⁾ *Disputatio XVII De allegatione propriae turpitudinis*.

²⁾ Cfr. SIMON SCARDIUS, in *Leric. iurid. sub voce: Turpe*.

Lo Stryckius riconduce così nei suoi veri termini l'allegazione della propria turpitudine, il cui scopo da molti scrittori del Medioevo si era perduto di vista.

Quindi egli scende logicamente a queste conseguenze. Si riferiscono a questa materia:

1) Le *promissiones turpes* « ex quibus non conceditur actio ». Infatti il petitore dovrebbe allegare il suo indegno operato per ottenere l'esecuzione della promessa.

2) « *Mulier decepta habet beneficium Vellejani sed decipiens non auditur: allegare enim ita debet propriam turpitudinem* ».

3) La materia delle *condictio ob causam*. Per esservi *condictio* è necessario che *solius accipientis subsit turpitudino*. Perchè nel caso vi fosse anche dell'attore, o di lui solo o reciproca, vi sarebbe allegazione della propria turpitudine, e come tale il contraente *non est audiendus*. Repellendo l'attore, viene di conseguenza che la condizione del possessore si avvantaggia.

Intanto è iniquo che il possessore debba lucrare, ciò che è stato acquistato per il suo delitto, perciò si ammette che per tal titolo il Fisco possa togliere il dato, come è espresso genericamente alla L. 9 D. *de iure fisci*, 49, 14.

Il principio che non si può allegare la propria turpitudine, *etiam ad heredes pertinet* (arg. L. 5 Cod. VII, 8). Quindi, gli eredi che allegano la turpitudine del testatore *propriam censentur allegasse*. Ciò si estende anche al successore singolare *ex causa lucrativa*.

A questo principio si fanno dai glossatori varie eccezioni, « *ubi tractatur de favore animae, in favorem libertatis* », ecc.

Qui finisce lo studio dello Stryck, ma noi continuiamo la ricerca.

Anche nel diritto canonico fu accolto il principio della non allegazione della propria turpitudine, e della irripetibilità del dato *ob turp. causam*, ma fu stabilito che le prestazioni per causa turpe non rimanesse nell'accipiente, ma fossero largite ai poveri: *pauperibus largiri, pauperibus vindicari* (c. XIV, 9, 5, c. 15).

Analogamente dispose il codice penale del Württemberg del 1839 (art. 161, 412). Il dato o l'oblato doveva essere speso in opere di beneficenza.

Veniamo ora al diritto francese anteriore alla codificazione.

Il Dénisart ¹⁾ scrive: « *L'action en restitution n'a pas lieu lorsqu'il a des torts reciproques; par exemple, das le eas du marché fait entre deux personnes, pour que l'une des deux assassine un tel. Quoi-*

¹⁾ Vedi *Répertoire, au mot: Causes des conventions*.

que l'argent donné soit mal acquis, néanmoins celui qui l'a donné, est indigne du secours de la justice, et toute action lui est déniée en haine de son crime ».

Ed il Domat ¹⁾: Le convenzioni illecite non solo sono nulle, ma sono degne di castigo. Se la convenzione è illecita per parte di colui che riceve e non di quello che dà, chi ha dato il denaro può farselo restituire, ancorchè colui che l'ha ricevuto abbia eseguita la convenzione. Ma se una convenzione sia illecita da una parte e dall'altra, come se uno dei litiganti dia denaro al giudice per fargli guadagnare la causa, quegli che ha dato, è giustamente spogliato di ciò che aveva impiegato per tal commercio e non può ripeterlo. Quegli poi che ha ricevuto non può profittare del prezzo del suo delitto, ma amendue saranno puniti colle restituzioni e colle altre pene che potranno meritare.

Il Pothier ²⁾ nel suo *Trattato delle obbligazioni* insegna:

Si osservi riguardo a quest'azione (di ripetizione) che è necessario il distinguere, se la causa per cui si è promesso qualche cosa è contraria alla giustizia od ai buoni costumi, per parte solamente dello stipulante o per parte di ambedue i contraenti. Nel primo caso ha luogo la ripetizione di ciò che è stato dato in esecuzione del contratto. Nel secondo, il promittente, avendo peccato anch'egli contro le leggi ed i buoni costumi, . . . è indegno del soccorso delle leggi per la ripetizione di ciò che ha pagato.

Mentre, con ininterrotto corso questa regola del diritto romano passa attraverso il diritto intermedio ed è religiosamente conservata ed accolta fino a Domat e Pothier, il codice napoleonico rompe d'un tratto bruscamente la tradizione, e tace.

Così il codice italiano.

Faccio osservare che il nuovo codice germanico pronunzia anch'esso il principio della irripetibilità del dato: § 817: Se lo scopo di una prestazione fu determinato in guisa che col ricevimento il ricevente è andato contro un divieto di legge o contro i buoni costumi, il ricevente è tenuto alla restituzione. *La ripetizione è esclusa, se anche a chi ha prestato può egualmente imputarsi una simile contravvenzione.*

Così anche il codice federale svizzero delle obbligazioni (art. 75).

Ed allora, di fronte a tutto questo monumento di storia, è ardua l'affermazione che noi ci troviamo davanti ad una lacuna del nostro codice?

¹⁾ *Lois Civiles* l. I, tit. XVIII, sez. IV, n. 5.

²⁾ Vol. I, n. 43.

121. La dottrina si è scissa: alcuni sostengono essere tuttavia in vigore il principio Romano ¹⁾, altri negano l'efficacia di esso nell'attuale legislazione ²⁾.

I sostenitori della ripetibilità osservano, che ammettendo che il pagamento sia irripetibile, si viene a derogare al principio dell'articolo 1119, il quale sanziona espressamente che l'obbligazione fondata sopra causa illecita non può avere *alcun effetto*, e sarebbe un effetto importantissimo quello di ostacolare la ripetizione.

Si risponde dai contrari, che le disposizioni le quali negano qualunque effetto alla causa illecita, non riguardano i pagamenti, ma invece le convenzioni: risposta non fondata, perchè anche il pagamento è un contratto, un contratto estintivo di obbligazione, il quale quindi deve avere una causa.

Seguita inoltre il Giorgi, dicendo che le disposizioni che riguardano la nullità dell'obbligazione per causa illecita suppongono un contratto illecito e non un pagamento già effettuato, e poichè di un contratto non ancora eseguito vi sono semplici parole e promesse, quelle mirano ad impedire che tali parole e promesse si convertano in fatti. Ma di fronte al pagamento già effettuato, quella disposizione non avrebbe più senso, perchè la causa illecita ha già prodotto il suo effetto e non si tratta più d'impedirlo, ma di distruggerlo, ripristinando lo stato precedente mediante restituzione. Si può replicare in contrario che la nostra legge non ha voluto soltanto impedire l'avveramento dell'effetto illecito, ma ha dichiarato in ogni caso l'inefficacia giuridica del negozio con tutte le conseguenze che ne derivano. E quindi anche la nullità della dazione eseguita in base ad un contratto nullo. Del resto questo argomento prova troppo, perchè allora si dovrebbe riconoscere l'irripetibilità in tutti i casi di pagamento eseguito, anche quando vi sia la sola *turpitude* dell'accipiente.

A questa teoria si può ricollegare la nuova giustificazione tentata dal Crome, il quale pure sostiene la irripetibilità. Egli ammette che secondo il codice francese, il pagamento sia un contratto astratto, non sottoposto alla regola dell'art. 1131 (1119) e quindi capace di

¹⁾ TOULLIER, XI, 126; DELVIN COURT, t. 2, p. 473, nota; AUBRY et RAU, IV, 442 bis n. 8; LAROMBIÈRE, art. 1133 n. 10; BOSÉRIAN (*Revue pratique* V, 15); ZACARIA-CROME, *Handb. des franz. Civilr.* II § 412; GIORGI, *Obbligazioni*, V § 135; LOMONACO, *Obbligazioni* p. 372; DE SANCTIS, *Condict. ob turp. caus.* (*Riv. Univ.* 91, IV, 52).

²⁾ MARCADÉ II, art. 1133; DEMOLOMBE, *Contrats* I, 382; LAURENT, XIV, 164; CHAMBON, *Paiement indu* p. 183; L. COVIELLO (*Giurispr. ital.* 97, I, 596); LONGO, (*Giurispr. ital.* 901, I, 89).

trasferire la proprietà anche nel caso dell'invalidità ed inefficacia del contratto fondamentale ¹⁾.

Ma questa concezione non è esatta, come già ha notato il Coviello, essendo tanto per il dritto francese come per il dritto nostro il pagamento basato su fondamento causale (1235 C. N. 1237 c. c.).

L'esser richiesta per la validità di esso la proprietà nel *solvens* della cosa che paga e la capacità a trasmetterla, non esclude che base del pagamento è sempre un debito, e che in tanto vi può esser pagamento efficace, in quanto vi è debito esistente.

Altri scrittori hanno tentato altre vie, ma non con miglior fortuna. Si è detto: chi volontariamente paga un debito nullo, sapendo che è nullo, dona. Infatti, se si paga un prezzo alla prostituta, pur sapendo di non essere obbligati verso di lei e di potere liberamente non pagare, che cosa si fa se non una donazione? Sarà una donatio *ob turpem causam*, ma è una donazione. E siccome la illiceità del motivo non rende questa inefficace, così la prestazione sarà irripetibile. Si può obiettare che questo *animus donandi* non può giustificarsi in tutti i casi (così una prestazione per indurre a compiere un delitto), e che ad ogni modo pure qui l'argomento prova troppo, perchè allora anche quando si paga non in forza d'un contratto immorale, ma semplicemente illegale o contro l'ordine pubblico, dovrebbe la ripetizione esser negata.

D'altra parte verrebbe a spostarsi la ragione della irripetibilità, la quale non si fonderebbe più sulla turpitudine del dante, quasi una causa d'indegnità di ricorrere in giudizio, inflitta a titolo di pena, ma sulla *scientia* o meno di lui, ciò che dovrebbe condurre anche logicamente ad ammettere la ripetizione nel caso di errore giustificabile nel *solvens*.

Nè basta: perchè noi sappiamo che l'errore dei contraenti circa il carattere illecito del negozio non ha influenza, e se questo requisito è necessario per la *condictio indebiti*, non è richiesto per gli altri casi di ripetizione, in cui anche la volontarietà e coscienza del pagamento indebitato non può equivalere a donazione ed è sempre concessa l'azione ripetitoria. ²⁾

La giurisprudenza, ammettendo la irripetibilità, ha configurato

¹⁾ CROME, *Grundlehren des franz. Obligationenrechts* S. 311 n. 13 e 313. « Die Leistung solvendi causa ein abstraktes Element in sich birgt, und sie fähig ist das Eigenthum der Sache im Falle der Ungültigkeit oder Unwirksamkeit des Grundvertrags unter Umständen dennoch auf den Empfänger zu übertragen ».

²⁾ Vedi LOTMAR, *op. cit.* S. 59 e nota 196; GIORGI, *Obbligazioni*, V, n. 73 e n. 130.

spesso la *solutio ob turpem causam*, come l'adempimento di un'obbligazione naturale, come un obbligo di espiazione che si soddisfa col pagamento.

Così la C. di Napoli (24 maggio 1897; *Giur. it.* 1897, I, 569):

« Conseguè da ciò che per negarsi la restituzione bisogna che si provi compiuto il fatto del pagamento, il quale non dipende da vincolo giuridico riconosciuto, ma da una considerazione subbiettiva e quasi *espiativa* di colui che l'esegue ». E recentemente: « C. Napoli 10 luglio 1900 (*Giur. it.* 1901, I, 89). E' dato al promittente di soddisfare una illecita obbligazione, perchè nella stessa turpitudine della causa si può dalla coscienza suggerire un dovere di risarcimento e *d'espiazione* ». Questo concetto di ricondurre ad un'obbligazione naturale il pagamento *ob turp. caus.* se ha potuto essere applicato in casi di compensi e donazioni alle concubine (e non ce n'era proprio bisogno), si mostra assolutamente inapplicabile in altri casi. Si dirà forse che il contrabbandiere, il quale ha pagato anticipatamente una merce di contrabbando, ha voluto soddisfare un dovere di coscienza, se si trova impedito di ripetere il prezzo dall'altro contraente che rifiuta d'eseguire il contratto? Si dirà che il corruttore ha adempiuto un'obbligazione naturale, se non può ripetere dal testimonio subornato il prezzo della corruzione?

Come si vede, anche questa teoria è insostenibile, ed in generale deve riconoscersi che il principio della irripetibilità di fronte al nostro dritto positivo non si può in alcun modo *direttamente* giustificare.

Pure, io credo, che la regola romana non è scomparsa dalla nostra legislazione e che vive in essa latente, e che il silenzio della legge non suona abolizione del principio, il quale aleggia ancora nel nostro diritto e fa parte di quel patrimonio spirituale che è la ricca eredità della elaborazione giuridica attraverso i secoli.

L'esempio datoci dalla giurisprudenza è colpevole. Al contatto della vita pratica, essa sente irresistibilmente sebbene incosciamente l'urto che vi sarebbe nel prestare i mezzi legali a chi cinicamente confessando la propria turpitudine invoca l'aiuto della giustizia per riacquistare il prezzo del delitto; la giurisprudenza sente una naturale repulsione ad entrare in questi dibattiti scandalosi e premiare colui che del contratto immorale si fece arma per compiere un'iniquità: e decide in ogni caso rigettando l'azione ¹⁾.

¹⁾ Cfr. Paris 18 novembre 1837 (DALLOZ, Rép. « obligation » n. 574); Paris 3 juin 1839 (DALLOZ, ivi, n. 639); Paris 4 févr. 1854 (*Journ. du Palais*, 1854, 2, 149). Cfr. pure *Journ. d. Pal.* 1859, I, 289, con nota di redazione e conclusioni dell'avv. gen. Barbier.

Perchè? non lo sa ella medesima, ora si appiglia ad un mezzo, ora ad un altro, ora ricorda le leggi romane, ora l'insegnamento comune, sfugge alla deduzione logica; ma decide sempre respingendo l'azione. La ragione è nella sua coscienza: la coscienza giuridica si ribella ad ammettere che la turpitudine possa servire come titolo per far valere dei diritti, ch'essa possa invocare il braccio della legge in suo favore, ch'essa possa della sua indegnità fare strumento per stare in giudizio ed ottenere la restituzione del dato.

Giacchè una cosa non si può negare. Hanno pensato mai gli avversari ad un contraente che si rivolga ai Tribunali per dire: Io ho dato cento a Tizio per farmi prostituire sua figlia, ma egli si è negato, domando l'infame prezzo; oppure, ho dato una somma per uccidere un mio nemico, per corrompere il giudice, per sedurre una ragazza, ma il mio nemico non è stato ucciso, il giudice non si è corrotto, la donzella non s'è piegata, io rivoglio il denaro?

La giustizia potrebbe ascoltare indifferente, e potrebbe ammettere, nella maestà e nella dignità della sua missione, una tale domanda?

Eppure, a voler esser logici non bisogna spaventarsi a queste conseguenze, e bisogna ritenere che il giudice è *obligato* a condannare alla restituzione, è obbligato ad ammettere la prova su questi fatti turpi, è obbligato a pronunciare una sentenza esecutiva contro il condannato. Così si deve ammettere che si possa ripetere il denaro dato alla prostituta, il gioiello regalato all'amante, la mercede pagata al sicario.

Io lascio alla serena decisione degli avversari questo giudizio ¹⁾.

Di fronte al silenzio della nostra legge che non decide in alcun luogo la quistione speciale della ripetizione del pagamento *ob turpem causam*, confortati da una tradizione storica più che secolare, e convinti che il nostro Codice non ha voluto immutare la dottrina uni-

Quanto alla giurisprudenza italiana, per tenerci ai giudicati più recenti, vedi A. Napoli 29 luglio 1896: Data la causa turpe dell'obbligazione, comune al dante ed al ricevente, nè l'uno ha l'azione di ripetizione, nè l'altro quella di soddisfazione (*For. it. Rep.* 1896, p. 316, n. 20). C. Roma 21 marzo 1887. Se la causa illecita sta tanto nel promittente quanto nell'accettante, come questi non può pretendere l'adempimento dell'obbligazione, così l'altro non può chiedere la restituzione di ciò che ha dato (*Legge*, 1887, 2, 38). C. Napoli 24 maggio 1897. La turpitudine d'ambo le parti vale ad ostacolare la ripetizione di ciò che si fosse pagato (*Annali*, 1897, I, 282). Cfr. pure C. Napoli 9 aprile 1897 (*For. it. Rep.* « contratto » n. 37) e 10 luglio 1900 (*Giur. it.* 1901, I, 89).

¹⁾ Il KOHLER esclama: Se nella vita vi deve essere acqua torbida, si deve lasciare quest'acqua torbida nel fondo e non metterla alla luce del sole. Questi retrosceci delle azioni umane è meglio che spariscano nel buio. Processi simili sarebbero processi di scandalo (*Archiv f. bürg. Recht*, V, S. 241).

versalmente riconosciuta dal diritto comune, noi crediamo che sia il caso di avvalerci dell'art. 3 delle disposizioni preliminari, per cui, quando una controversia non si può risolvere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe ed ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principî generali di diritto.

L'analogia più vicina che ci si presenta è quella appunto che nega la ripetizione per causa di giuoco (1804): so bene che la dottrina moderna spiega questo caso come un'obbligazione naturale del vinto verso il vincitore; ma tengo a far rilevare che nella dottrina del diritto intermedio, in cui appunto il principio dell'irripetibilità del pagamento *ex causa ludicra* si venne affermando, si considera generalmente questo caso come un'applicazione normale del principio: « Ubi dantis et accipientis turpitudine versatur nec repetitio locum habet ». Il diritto moderno, perduto di vista le sue fonti, ne ha fatto un'obbligazione naturale; sia, ma ciò deve farci sentire che il principio della irripetibilità non è ignoto al diritto nostro, sebbene per vicende legislative appena ne rimanga qualche traccia. Ed è stato appunto questo che ha fatto esclamare alla Cassazione Napolitana ¹⁾:

« Sarebbe invero strano che nel giuoco e nella scommessa, dove l'alea si equilibra ed il senso morale assai meno si offende, debba negarsi l'azione, ed accordarla invece dove la sensualità è messa a prezzo da chi ne fa mercato ».

L'interpretazione non si deve ridurre a pura arte interpretativa, ma deve essere scienza interpretativa, essa deve frugare lo spirito della legge, deve saper trovare quell'alito vitale ed invisibile che la anima, deve saper conciliare ed adattare questa ai bisogni della società ²⁾.

Ed ove l'analogia del giuoco non ci seduca, rimangono i principî generali di diritto che ci guidano nella soluzione.

Ora uno dei principî fondamentali del nostro diritto positivo è che nessuno si può poggiare sul proprio delitto per derivarne un'azione: il delitto può esser fonte di responsabilità per il delinquente, ma non titolo ad una pretesa giuridica. Di questo principio accolto generalmente dalla legge s'incontrano varie applicazioni: io mi limiterò a ricordarne qualcuna.

L'art. 1305 dice: L'obbligazione non si può impugnare da quel minore, che con raggiri o mezzi dolosi ha occultato di esser tale. La

¹⁾ Sentenza del 24 maggio 1897 (*Giur. it.* 1897, I, 569).

²⁾ Cfr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1900.

ragione di questa norma è evidente. Il minore non può, dopo avere ingannati i terzi, fondarsi sulla sua menzogna per ottenere l'annullamento del contratto, invocare un beneficio della legge in base al proprio dolo.

Il mandatario ha diritto di esser rimborsato delle anticipazioni e spese sostenute in esecuzione del mandato e di esser tenuto indenne delle perdite sofferte in occasione dell'incarico assunto (1753,1754). Ma ciò gli è concesso, se a lui non possa imputarsi alcuna colpa, perchè se egli esorbita dalle sue facoltà o non adopera la dovuta diligenza, non può pretendere alcuna ripetizione. *L'actio contraria* è impedita dal suo fatto colposo.

Lo stesso si dica per il socio. Egli ha diritto di ripetere dai consoci tutte le somme che ha pagato per conto sociale e d'esser rilevato dalle obbligazioni contratte nell'interesse comune, *purchè abbia agito di buona fede* (1716). Ma se egli ha agito con frode, l'azione non è ammissibile.

Un esempio più caratteristico s'incontra in tema d'assicurazione nel diritto commerciale.

L'assicurazione convenuta fraudolentemente per una somma superiore al valore delle cose assicurate, è nulla (428 c. comm.). Nulla è altresì l'assicurazione, se è stata conchiusa in seguito a dichiarazioni false od erronee, perchè si presume che il contratto non sarebbe stato fatto, o avrebbe avuto luogo a condizioni diverse (429). Infine è nulla l'assicurazione, quando avviene dopo che il rischio è accaduto, perchè allora manca una condizione essenziale per l'esistenza del contratto (430).

Ora in tutti questi casi di nullità, *se l'assicurato era in mala fede e agì dolosamente*, egli perde il premio pagato e non ha diritto a ripeterlo dall'assicuratore.

Il principio dominante è sempre quello: il proprio fatto doloso o colposo neutralizza il diritto nell'attore e gli impedisce di ricorrere in giudizio.

Un altro istituto che pure s'informa a questo concetto, è quello della *confisca* nel diritto penale. La legge dà facoltà al giudice, e talora obbligatoriamente gli impone, di ordinare la confisca degli oggetti che servirono di mezzo al delitto o furono destinati a tale scopo (art 36 cod. pen.).

Ora, la confisca si risolve in una perdita del diritto di proprietà della cosa delittuosa: il reo non può più averla, essa non è più sua.

Perciò, se alcuno vende delle merci di contrabbando, o dà un regalo per subornare un testimone o distribuisce delle somme per corruzione elettorale — scoperto il reato e sequestrati gli oggetti o

i denari — questi cessano di esser proprietà del delinquente e vanno al fisco.

E se anche le cose furono trafugate e non poterono essere assicurate in mano della giustizia, è certo, trattandosi d'un delitto, che il reo non potrebbe avanzare una pretesa giudiziale per ottenerle, perchè seguirebbe sempre il sequestro e la confisca.

Ora se questo è già dal diritto nostro positivo sanzionato, non si tratterebbe più che di fare ancora un passo avanti, e ritenere, che anche nei casi in cui non si ha un vero reato penale, ma solo una turpitudine civile, l'azione di restituzione di ciò che servi di mezzo o strumento al fatto turpe, debba negarsi. La legge non ordina anche qui la confisca, come aveva luogo in altre legislazioni ed in altri tempi, ma rifiuta d'accordar protezione a colui che, per il fatto proprio riprovevole, si è messo nella condizione di privarsi della cosa sua. La legge lo abbandona al suo destino.

Per me, il principio decisivo è questo, e si desume da tutto il nostro sistema: l'atto illecito non può servire di fondamento per sperimentare un diritto, l'ordine giuridico non ha da soccorrere colui che per la sua propria azione illecita soffre danno ¹⁾.

Una costruzione artistica del principio della irripetibilità del pagamento *ob turp. caus.* ci ha dato il Kohler ²⁾: la legge rispetta la posizione presente del diritto reale. Come questo diritto reale si sia formato, se prima del contratto *contra bonos mores* o dopo, per volontaria prestazione, non importa, lo stato reale permane e trova la protezione del diritto.

L'ordine giuridico rifiuta ogni cooperazione a mutare la posizione di questo stato giuridico in relazione alle obbligazioni reciproche consentite dalle parti. Se perciò è trasferito un postribolo, esso resta trasferito ed il pagamento del prezzo non può esser costretto, nè può la cosa esser ridomandata. Se è conchiusa una società con scopo turpe, e vi è già un fondo sociale, il reparto avviene, non secondo le obbligazioni rispettive dei consociati, ma secondo la proprietà di ogni socio, e l'accrescimento patrimoniale conseguito dall'esercizio della società, dev'esser diviso secondo la misura di questo conferimento, come se vi fosse stato un naturale sviluppo del patrimonio di ciascuno, indipendentemente dell'attività dei soci: l'attività delittuosa sociale è negata.

Il contratto immorale è regolato dal principio:

Nulla actio, nulla soluti condictio.

¹⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, I, S. 901.

²⁾ *Archiv für bürgerl. Recht*, V, S. 241.

122. Veniamo ora ad esaminare gli altri effetti che conseguono dalla inesistenza giuridica del negozio illecito.

L'atto essendo nullo, porta con sè la nullità dei suoi accessori, quindi clausola penale, multa penitenziaria, arra confirmatoria, diritti di garanzia, come fideiussione, pegno, ipoteca. Ciò è una conseguenza del principio: « Cum principalis causa non consistit, *plerumque ne ea quidem quae sequuntur, locum habent* » (L. 178, *de reg. iuris*) e per cui: « Quae accessionum locum obtinent, *extinguuntur, cum principales res peremptae fuerint* » (2, D. 33, 8). Nel nostro Codice troviamo singole applicazioni di questo concetto. Così l'art. 1210 stabilisce: La nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale, e l'art. 1899: La fideiussione non può sussistere che per un'obbligazione valida. Nel diritto romano poi è esplicitamente indicato il caso del fideiussore che garantisce un'obbligazione proibita (46, D. 46, 1) o immorale: « In quibus casibus illa ratio *impedit fideiussorem obligari, quia scilicet in nullam rationem adhibetur fideiussor: cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet* » (70 § 5, D. *eod.*).

Inoltre la invalidità del negozio principale travolge nel nulla tutti gli altri negozi conseguenti o fondati sul medesimo, in conformità del principio già espresso vigorosamente nella famosa *Lex non dubium*: « et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicente lege factum est, *illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus* ». Quindi, se per il supposto diritto che io credo ottenere dal negozio proibito, e che ti ho trasmesso, tu alla tua volta ti sei obbligato a mio vantaggio, e poi hai mancato all'esecuzione dell'obbligo assunto, ed io domando un risarcimento, ed in seguito interviene una transazione a liquidare la misura di questo danno — chiarito illecito e nullo il primo negozio — svanisce il trasferimento, appare *sine causa* la tua obbligazione, infondato il risarcimento dei danni, e nulla anche la transazione, poggiata su causa erronea.

123. La nullità del negozio illecito è insanabile. Nessuna rinunzia può valere mai a far diventare reale ciò che non esiste.

Quindi è inutile la conferma che suppone un negozio esistente, sebbene viziato, mentre il negozio illecito non ha esistito mai e fin dall'origine è un essere morto, e la volontà dei privati non può operarne la risurrezione ¹⁾.

¹⁾ Cfr. AVERANIUS, lib. I cap. 10 n. VII: « aeger potest convalescere, mortuus potest revivescere, sed qui nunquam natus est *neque convalescere potest neque revivescere* ». A. Napoli 5 agosto 1872 (*Legge*, XII, 1, 1020). Le convenzioni nulle per causa illecita od in altro modo proibite dalla legge non hanno esistenza giuridica: il vizio con cui sono nate non può essere corretto, nè vale a rimuoverlo qualsiasi ratifica.

È inefficace il riconoscimento ¹⁾, il *constitutum* ²⁾, l'esecuzione volontaria ³⁾, perchè dove manca un'obbligazione, non può avere efficacia la volontà di assumerne una nuova o la promessa di adempire l'antica o lo stesso effettivo adempimento. Tali atti, se possono importare rinunzia ai mezzi d'annullamento, non valgono a trasformare in reale ciò che è il niente giuridico.

Nel diritto intermedio si discusse se il giuramento, cioè la conferma della promessa fatta sotto l'invocazione religiosa, bastasse a rendere inattaccabile un atto invalido. E Martino sostenne contro l'opinione di Bulgaro che un tale effetto dovesse riconoscersi, fondandosi su un rescritto di Alessandro Severo. Opinione questa infondata, sia perchè la decisione imperiale a cui si appoggia è una decisione di specie e non contiene una regola giuridica, come ha dimostrato il Savigny ⁴⁾, sia perchè esplicitamente contraddetta da vari luoghi delle fonti (5 § 1 D. *de leg.* 1, 14; 7 § 16 D. *de pact.* 2, 14). Tuttavia ebbe la sua sanzione legislativa in una costituzione di Federico I, e fu accolta dal diritto canonico, poichè si ritenne che il giuramento oltre l'obbligazione contrattuale facesse sorgere per sè un'altra obbligazione nuova giuridicamente efficace: *inducatur etiam obligationem religionis*. Pure, anche secondo questa dottrina, si ammise che il giuramento non potesse mai servire a rendere efficaci negozi assolutamente proibiti o turpi, *cum iuramentum non vergat in aeternae salutis dispendium* ⁵⁾.

Nel diritto moderno il giuramento ha perduto ogni importanza giuridica, poichè non aggiunge al vincolo assunto che una forza morale ⁶⁾.

Il negozio illecito neanche può acquistare efficacia per mutamento delle circostanze in cui fu compiuto, come se venisse in seguito a mancare una condizione per cui aveva luogo il divieto o se la proibizione fosse tolta da legge posteriore, poichè la sussistenza del negozio deve guardarsi al momento della formazione dell'atto: « uniuscuiusque enim contractus *initium spectandum et causam* » (28, D. 17, 1). La convalescenza del negozio illecito è esclusa.

¹⁾ BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, S. 199. SCHMIDT, *Anerkennung letztwilliger Verordnungen*, § 7 (*Archiv für civ. Prax.*, B. 56, S. 297).

²⁾ FORMENTANO, *Constitutum debiti*, n. 8.

³⁾ UNGER, *System*, II, § 91, S. 156.

⁴⁾ *System des röm. Rechts*, V, § 309.

⁵⁾ VANGEROW, *Pandekten*, I, § 163 nota.

⁶⁾ Vedi DERNBURG, *Pandekten*, I, § 121; FERRINI, *Obbligazione*, p. 749-157; BERTOLINI, *Il giuramento*.

Nè può aversi conversione, la quale ha luogo quando un atto giuridico nullo, pure riunisce gli elementi essenziali per un altro atto che può sussistere, cioè quando cogli elementi del negozio nullo si può tuttavia ricostruire un altro negozio efficace. Infatti, la conversione può avvenire soltanto nel caso che si tratti di nullità, derivante *per mancanza* di qualche requisito materiale o formale, imposto per l'efficacia dell'atto. Così un titolo cambiario nullo, perchè mancante della denominazione di cambiale, vale come dichiarazione di debito. Ma ciò non è possibile nel negozio illecito, il quale è perfetto e completo nei suoi elementi sostanziali, ma la nullità lo colpisce come sanzione repressiva dell'ordine giuridico.

Il negozio illecito non resta che un fatto materiale irrilevante: esso non ha alcun residuo efficace.

124. Per la nullità del negozio illecito nessuna delle parti può avanzare un diritto di risarcimento in confronto dell'altra.

Infatti l'obbligo di riparazione dei danni può nascere soltanto, quando uno dei contraenti ignorava o poteva ignorare la causa che dava luogo alla inesistenza del contratto. Allora, colui a cui è imputabile la nullità, è tenuto verso l'altro a risarcire *l'interesse negativo*, come lo chiama Ihering, cioè l'interesse che si aveva alla non conclusione del contratto, e quindi il danno che si è sofferto per aver creduto alla validità di esso: *quod interfuit eius ne deciperetur* (62 § 1, D. 18).

Il Codice germanico fa varie applicazioni di questo principio: così, nel caso d'inefficacia derivante per impossibilità della prestazione (§ 307), o per dichiarazione non seria o erronea (§ 122), ecc. Un altro esempio si trova nel nostro codice di comm., e riguarda la non conclusione del contratto avvenuta per effetto di revoca della proposta giunta a notizia del destinatario dopo che questi ne ha impresso l'esecuzione (36). Ora in tutti questi casi, come base del diritto di risarcimento, si ha per presupposto, che uno dei contraenti sia di buona fede, cioè non sappia la causa della invalidità, nè sia tenuto a saperla.

Invece nel caso di negozio illecito, questa conoscenza c'è sempre o si presume che ci sia: l'errore sulla illiceità, abbiamo visto, è giuridicamente indifferente.

D'altra parte la nullità non è imputabile ad una sola delle parti, ma entrambi sono in colpa e quindi responsabili, e perciò niuno può pretendere d'esser rilevato da un danno, a cui egli stesso diede causa ¹⁾.

¹⁾ Cfr. L. 233 de R. I.: *Quod quis culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. Vedi pure SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, p. 344; BARASSI, *Contratto di lavoro*, p. 265.

125. La nullità del negozio illecito può esser *totale* o *parziale*, secondo che il divieto o l'offesa dei buoni costumi colpisce l'intero contratto o una parte secondaria di esso. Questa limitazione della illiceità ad una parte del negozio avviene in due modi ¹⁾:

o è illecita una di più disposizioni della dichiarazione di volontà; o un'unica disposizione è illecita in parte.

Esaminiamo la prima forma d'illiceità parziale. Questa si riscontra, nel caso che uno stesso contratto abbia per oggetto più prestazioni o sia subordinato a più condizioni, di cui l'une siano illecite, l'altre no. Oppure, quando si tratta di elementi accidentali dell'atto giuridico, che sono illeciti, così clausole, patti accessori, modo. In tale ipotesi, concorrendo la liceità ed illiceità nello stesso negozio, qual'è la norma per decidere? Dovrà l'intero negozio considerarsi viziato e dichiararsi inefficace, oppure può tagliarsi via quella parte che urta contro la proibizione ed accordarsi validità al resto dell'atto?

La soluzione di questo problema dipende da un esame delicato d'interpretazione della volontà dei contraenti.

Quando una delle disposizioni è fondamento e presupposto delle altre, o più disposizioni stanno fra loro in così intima e stretta colleganza che secondo la presumibile intenzione delle parti e per la natura del contratto, esse furono volute come *un tutto unico e inscindibile*, la illiceità e nullità di una, porta la nullità del complesso negozio ²⁾. L'atto giuridico spezzato alla sua integrità non può più vivere, perchè viene a mancare di base, cessando la volontà dei contraenti.

Ciò avviene specialmente quando si tratta di elementi costitutivi dell'atto giuridico.

Ma talora al negozio già perfetto si aggiungono delle disposizioni accessorie, le quali ordinariamente hanno un'importanza secondaria nel contratto, e sono tali che presumibilmente anche in difetto di esse il negozio si sarebbe compiuto: in questo caso la soppressione di tali modalità ed appendici illecite del negozio non ostacola la validità del negozio intero.

Tutto quindi dipende da una ricerca del volere delle parti: se si può supporre che gli interessati ebbero in animo di considerare

¹⁾ REGELSBERGER, *Pandekten*, § 175, II, S. 637.

²⁾ ENDEMANN, *Lehr. des bürgerl. Rechts* I, S. 444: « soweit diese (Nebenabrede) mit dem Vertragsinhalte eine Einheit bilden, wird die ganze Abrede durch den Fehler eines Bestandtheils infiziert. »

eventualmente come non scritta la clausola sospesa di nullità, o in mancanza di questa previsione, se le parti avrebbero compiuto egualmente l'atto, anche senza quella clausola, cui si attribuiva soltanto un valore secondario e sussidiario, allora il negozio principale resta fermo, sebbene da esso venga ritagliato quell'elemento vizioso ¹⁾. Si noti però che in questa indagine si dovrà tener conto di tutte le circostanze che accompagnano la convenzione, perchè è possibile che i contraenti abbiano nel singolo caso riguardato come essenziale ed imprescindibile un determinato fatto che normalmente non è così.

Una formulazione scientifica di questi principî si trova nel Codice germanico.

Il §. 139 suona: Quando una parte soltanto dell'atto giuridico è nulla, l'atto intero è nullo, ammenochè non si deva ammettere che anche senza la parte nulla, l'atto sarebbe stato egualmente compiuto ²⁾.

La nostra giurisprudenza ha fatto notevoli applicazioni al riguardo, in ordine alle convenzioni che hanno contemporaneamente per oggetto una successione aperta ad una successione futura, o alle società che hanno per scopo di trattare insieme affari leciti ed affari riprovati, ai patti nuziali che contengono stipulazioni proibite, od ai testamenti che hanno delle disposizioni modali invalide, ecc.

La seconda forma d'illiceità parziale ha luogo nel caso che una stessa disposizione è illecita in parte. Ciò avviene quando il negozio è permesso fino ad una certa misura, ma se eccede i limiti legali ed esorbita dai suoi confini, cade nella proibizione.

In questo caso la legge non annulla l'intero atto, ma lo riduce, cioè elimina quella parte che fa diventare esagerato il negozio ed accorda validità al resto dell'atto. Qui appunto si applica la regola del diritto canonico: *Utile per inutile non vitiatur* ³⁾.

Il diritto romano ci dà vari esempi di questa cancellazione dell'illecito. Così una donazione non insinuata superiore ai 500 solidi è invalida, solo in tanto ch'eccede la misura stabilita (35 § 1 Cod. VIII, 54); un patto per cui sono stabiliti degli interessi superiori al tasso legale, è efficace fino a quella misura: « quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi » (29 D. 22, 1), ecc.

¹⁾ Cfr. SALEILLES, *De la declaration de volonté*, p. 306.

²⁾ WINDSCHEID, *Pandekten*, § 82, n. 12. La invalidità che si riferisce ad una parte di ciò che si è voluto ha per effetto la nullità di tutto il negozio giuridico, quando senza la parte invalida, neppure l'altra parte può sussistere di fronte al diritto o non deve sussistere secondo la intenzione dell'autore.

³⁾ UNGER, *System*, II, § 91, S. 154.

Nel diritto moderno noi abbiamo visto già i casi della locazione ultratrentennale, del patto d'indivisione ultradecennale, del patto di riscatto ultraquinquennale ¹⁾. In tali casi non può sorgere mai difficoltà, perchè è la legge stessa che interviene direttamente a pronunziare la nullità parziale del negozio.

126. Così abbiamo finito di esaminare gli effetti del negozio illecito; ci resta però un'ultima indagine, vedere cioè se questi effetti sono modificati o subiscono variazioni per influenza della forma, di cui è rivestito il contratto.

Dobbiamo quindi venire a discutere la questione gravissima, se nel diritto nostro esistono contratti *astratti* o *formali* ²⁾.

Per contratto formale s'intende quello in cui si fa astrazione dalla causa. L'obbligazione nasce ed ha efficacia giuridica, indipendentemente da ogni fondamento materiale, prescindendo ed astraendo dalle ragioni che la giustificano.

L'obbligazione esiste per sè stessa.

Ogni connessione o dipendenza con la ragione del debito manca, il vincolo causale è sciolto, l'obbligazione esiste isolata, autonoma, libera ³⁾.

Mentre nei contratti materiali la promessa si fonda sulla controprestazione altrui o sulla cosciente mancanza di un corrispettivo, cioè uno promette o in quanto vuol donare o in quanto l'altro si obbliga alla sua volta di eseguire una prestazione a lui vantaggio, e le due dichiarazioni stanno in così stretto legame, che secondo l'intenzione dei contraenti l'una non si può separare dall'altra e venuta meno la prima cade per conseguenza la seconda: nel contratto formale invece la promessa è separata dalla sua ragione economica ed esiste per sè sola, fondando con la semplice volontà un diritto di credito astratto.

Ora la questione sta proprio nel vedere, se sia ammissibile che possa intenzionalmente farsi astrazione dalla causa e se la legge accordi efficacia alla volontà dei privati diretta esclusivamente alla

¹⁾ Vedi n. 55.

²⁾ Diconsi anche contratti *puri* (Windscheid) o *semplici* (Liebe) in antitesi ai contratti *materiali*, *causali* o *concreti*.

³⁾ Cade perciò in equivoco il GIORGI (*Obbligazioni*, VI, n. 241) quando crede che i contratti formali siano quelli in cui è *taciuta* la causa; no, anche i contratti *concausa* non espressa sono contratti materiali; formali sono quelli in cui si prescinde dalla causa, in cui non si tiene alcun conto di questo requisito. Partendo da questo falso supposto, si capisce che la critica ch'egli fa a questa distinzione riesce inesatta.

costituzione d'un diritto indipendente da ogni fondamento giuridico ¹⁾).

Nel diritto romano i contratti formali erano riconosciuti. Così la *stipulatio*, l'*acceptilatio*, la *litterarum obligatio*. La loro efficacia civile era indipendente dalla causa materiale, ma era subordinata all'adempimento rigoroso di certe forme solenni, o parole o scrittura, a pena di nullità. La forma era garanzia della sostanza, donde la loro denominazione di contratti formali.

Questo sistema rigido però non si mantenne a lungo; poichè a poco a poco la causa materiale dell'obbligazione comincia ad esercitare influenza, sempre più decisiva, fino a rendere illusoria e puramente nominale la indipendenza dalla causa.

Prendiamo la *stipulatio*. Nel diritto quiritario colui che aveva promesso solennemente era obbligato a pagare: qualunque eccezione era esclusa. Ma col diritto pretorio si comincia a sentire l'iniquità di costringere al pagamento, colui p. es. che promise per errore o per una causa non avvenuta. Ed allora fu accordata una *condictio liberationis* per fare annullare la promessa od un'*exceptio doli* contro lo stipulante che agisse per l'adempimento. In seguito, con lo sviluppo progressivo del diritto la stipulazione si trasforma in documento di debito. Divenuta generale l'arte della scrittura, nel commercio si preferisce redigere i contratti per iscritto, allo scopo di costituire un mezzo di prova semplice e sicuro. E così anche nelle stipulazioni si redigeva un *documentum*. Si noti però che qui il documento non *fondava* l'obbligazione, ma la *provava*.

Dapprima il documento conteneva la riproduzione esatta delle parole della stipulazione, più tardi non s'intese questo bisogno, bastava che si attestasse d'esservi stata la stipulazione, in seguito ancora era sufficiente un debole accenno, per considerarla come avvenuta: sotto Giustiniano il semplice documento sottoscritto senza stipulazione è ritenuto vincolante. L'abolizione del procedimento formulare e l'influenza delle idee greche che ammettevano il principio della libertà d'accordo, contribuì a far confondere in pratica ed assimilare il documento di stipulazione con la dichiarazione di debito: l'una e l'altra, si considerò, che piuttosto che provare, creassero l'obbligazione, che derivava invece dalla volontà dei contraenti e quindi era soggetta alle ragioni materiali che le davano origine. Così col tramontare ed indebolirsi successivo delle forme la *stipula-*

¹⁾ HASENÖHRL, *Das oesterr. Obligationenrecht*, I, § 27, S. 377.

tio diventa dichiarazione di debito, come alla sua volta l'*acceptilatio* per un procedimento analogo si riduce in quietanza ¹⁾.

Il diritto comune non conosce più che contratti materiali.

Ma l'istituzione delle obbligazioni astratte ha avuto, come dice Dernburg ²⁾, nel diritto nuovo un rinvigoriscente.

Il bisogno della rapidità degli scambi e della sicura circolazione dei valori ha introdotto prima nel commercio e poi nella vita civile l'istituto delle promesse di debito astratte, che fondano cioè per sè stesse l'obbligazione, indipendentemente dalla causa.

I vantaggi che derivano da tale istituto sono importanti. Il creditore è sicuro di ottenere l'esazione del credito, non è esposto alla eventualità dell'annullamento dell'obbligazione per vizio della causa, nè di vedersi costretto ed impigliato in un onere di prova. Il debito ha un'esistenza obbiettiva e non se ne ricerca l'origine, si trasmette più facilmente, è adatto alla funzione economica di mezzo di scambio.

Ma i pericoli che dipendono anche da tali promesse di debito sono gravi. Può avvenire che facendo sperdere le tracce ed anzi cancellando la ragione materiale dell'obbligazione, questa si mostri talora ingiustificata, e la protezione della legge debba concedersi ciecamente anche in aiuto d'una violazione dell'equità e della buona fede ³⁾.

Comunque sia di queste ragioni politiche che consigliano o meno l'introduzione di questo istituto, a noi interessa vedere se i contratti astratti sono riconosciuti e possibili nel nostro diritto positivo.

La legislazione germanica li ha accolti: essa ammette la promessa di debito, il riconoscimento, il contratto di conteggio, la rimessione, l'indicazione di pagamento, la cambiale, i titoli al portatore.

Può dirsi lo stesso del diritto nostro?

127. Il principio che la semplice volontà individuale abbia la forza di creare un diritto per sè stante, indipendente dalla ragione giustificativa, è un concetto estraneo e contraddittorio col nostro sistema giuridico, il quale subordina sempre l'efficacia del negozio all'esistenza di una causa.

¹⁾ Vedi un'analisi fine e squisita di questa successiva evoluzione storica in BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Cfr. pure LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*.

²⁾ *Pandekten*, II, § 22, S. 65.

³⁾ Vedi ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 194, S. 873 e HOSENÖHRL, *op. cit.*, I, § 27, S. 380-381.

La nostra legge parte dall'idea, che la tutela legale non può dipendere dall'arbitrio dei contraenti, ma che debba esser concessa nei soli casi, in cui si provi che la dichiarazione di volontà per le circostanze e le condizioni in cui è fatta, è meritevole di tale protezione.

Impedire la ricerca della causa, soffocare ogni indagine sulla fondatezza e la liceità del contratto, costringere il giudice ad una inazione passiva di fronte ad un'obbligazione, la quale non ha che un'espressione formale vuota di contenuto, è un non senso per il nostro diritto: il negozio senza causa è un fenomeno non giuridico.

La legge richiede fra i requisiti essenziali dell'obbligazione una causa lecita d'obbligarsi: se questa manca, il negozio è incompleto, imperfetto, incapace d'aspirare ad effetti civili. Ammettere che la volontà delle parti possa fondare un rapporto non causale, è ammettere che il volere dell'individuo possa dispensare da un requisito imposto coattivamente dalla legge.

Qualunque sia quindi la modificazione nella sfera giuridica che si voglia produrre, o l'acquisto o la trasmissione o l'estinzione di un diritto, deve sempre sussistere un fondamento su cui riposa. Il rapporto contrattuale, dice il Bähr ¹⁾, è come un castello di carte da giuoco, di cui l'una s'appoggia all'altra, togliete una carta, l'edificio rovina. Ora togliete la causa, il contratto manca di base.

Quest'astrazione della causa è un prodotto artificiale, e se vuoi anche, artistico dell'intelletto giuridico ²⁾, ma dev'esser sanzionato dal diritto positivo ³⁾; in mancanza di questo riconoscimento noi dobbiamo dire che i contratti astratti sono al diritto nostro ignoti.

La nostra legge non conosce che contratti concreti.

Questa conseguenza troverà una dimostrazione nell'esame particolareggiato che imprendiamo a fare, dei vari casi in cui il diritto germanico ammette contratti formali.

Cominciamo dalla *promessa di debito*.

La semplice promessa unilaterale, sebbene concettualmente possa considerarsi come capace a fondare un'obbligazione ⁴⁾, pure dal diritto nostro non è riconosciuta come produttiva d'un vincolo obbligatorio, il quale può solo derivare dal contratto, ossia quando segue l'accettazione del creditore.

¹⁾ *Die Anerkennung*, p. 12.

²⁾ HASENÖHRL, *op. cit.*, I, § 27, S. 381.

³⁾ BEKKER in *Kritische Vierteljahrschrift*, B. IX, S. 277.

⁴⁾ Vedi SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund* (1873).

Quella che può avere efficacia è la promessa accettata, cioè quel contratto unilaterale per cui uno si obbliga di eseguire a favore di un altro una determinata prestazione. Ora riguardo a questo è assolutamente certo che non può prescindersi dalla causa, dato il disposto preciso degli art. 1104 e 1119 cod. civ.

La volontà d'obbligarsi non basta per sè sola a far sorgere un diritto di credito, quando non concorra una ragione giustificativa. È inesatto quel che si afferma da taluni, che il volere individuale debba avere incondizionata efficacia tutte le volte che non vada contro ad un divieto di legge o ad un'offesa dei buoni costumi; questo è vero solo nel caso che la volontà sia già per il suo contenuto e per le circostanze che l'accompagnano, degna di protezione. È inutile quindi invocare il principio della libertà contrattuale, perchè tale principio non significa che ogni accordo dei contraenti debba valere come obbligatorio, ma soltanto che è dato alle parti di scegliere la forma del contratto e gli interessi che vogliono porre ad oggetto di esso ¹⁾.

Veniamo ora al *riconoscimento*.

Il riconoscimento è quel contratto per cui il debitore dichiara l'esistenza od il contenuto di un'obbligazione precedente, allo scopo di assicurarne la persecuzione giudiziale.

I diritti sono soggetti a pericoli nella via giudiziaria, o riesce difficile fornire i mezzi di prova o il titolo è dubbio o il giudice decide male, così si sente il bisogno di compiere talvolta un nuovo contratto, in cui si venga ad affermare in modo più assoluto e preciso la realtà e l'esistenza del debito ²⁾. Questa dichiarazione nuova fornita allo scopo dell'assicuramento processuale dicesi appunto riconoscimento. Dagli antichi scrittori si considerava quest'atto semplicemente come creazione di un nuovo mezzo di prova, restando fermo ed inalterato l'antecedente rapporto obbligatorio. Ma il Bähr fece notare che nel riconoscimento dovessero distinguersi due elementi: la volontà di dichiarare la sussistenza del rapporto precedente e la volontà di obbligarsi di nuovo. Chi riconosce il debito, non soltanto fornisce un mezzo probatorio, ma pone su una nuova base il contratto, fonda colla sua volontà attuale di obbligarsi, un diritto nuovo che sussiste per sè, astrattamente, e che non ha legame di causalità, ma di occasionalità col rapporto riconosciuto. La

¹⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 101, S. 427.

²⁾ Vedi l'opera fondamentale del BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, 3.^a Ed. 1895, p. 1.^a e seg.

ricognizione, contiene virtualmente in sè una nuova promessa obbligatoria, indipendente dalle relazioni anteriori.

Del resto l'ideale dei negozi d'accertamento, dice il Bekker ¹⁾, è appunto questo, di creare un altro diritto formale che si sovrappone all'antico diritto materiale: il riconoscimento privato opera come il riconoscimento del giudice.

Ma esaminiamo la questione nel diritto nostro.

È esatto il concetto del Bähr, accolto del resto dalla dottrina dominante, che il riconoscimento importa l'assunzione di una nuova obbligazione che viene a cumularsi alla prima, che resta invariata, e per cui si dà una nuova base al contratto, cosicchè il creditore può liberamente agire o fondandosi sull'antico rapporto obbligatorio o in forza del nuovo contratto di riconoscimento ²⁾; ma ciò non esclude che anche questo nuovo contratto per esser valido debba avere una causa. Se dal riconoscimento nasce un debito nuovo, questo debito deve poggiare su un fondamento giuridico, poichè la semplice volontà del riconoscente non basta a crearlo.

Ma quale sarà questa causa? La causa giuridica del contratto di riconoscimento coincide con quella del rapporto riconosciuto: è la medesima.

Quindi se io dovevo restituire mille per averle ricevute in mutuo, e poi riconosco questo mio obbligo, la causa della mia nuova obbligazione è sempre la restituzione. Segue da ciò, che se io riconosco un non debito, la nuova obbligazione assunta manca di causa ed il riconoscimento è nullo. Applicazioni, nel caso di riconoscimento di debito illecito.

Lo stesso si dica per il contratto di *conteggio*, che è una forma di riconoscimento.

Due persone che stanno in relazioni reciproche di credito e di debito, vengono ad un conteggio finale, in cui dopo aver liquidate ed estinte le loro reciproche obbligazioni fino alla concorrenza, determinano il debito residuale, a cui l'uno è tenuto esclusivamente in favore dell'altro. Qui si ha insieme un contratto di compensazione ed un contratto di riconoscimento, l'uno per ciò che riguarda l'estinzione reciproca dei rapporti obbligatori, l'altro per ciò che riguarda il risultato definitivo del conto.

Ora anche qui la causa deve esistere, nè è ammissibile che il creditore possa in ogni caso pretendere il pagamento, sol perchè il

¹⁾ *Pandekten*, II, § 109, S. 241, nota d.

²⁾ HASENÖHRL, *op. cit.* II, § 81, S. 292 e 299.

debito residuo fu riconosciuto. Può avvenire che una delle obbligazioni entrate in conto era invalida o non esisteva, e quindi la compensazione operata fu erronea ed anche il riconoscimento manca di causa. Si comprende però che l'onere della prova spetta all'impugnante, perchè la causa si presume.

Il riconoscimento giudiziale dicesi *confessione*, come del resto ogni riconoscimento può dirsi una confessione stragiudiziale.

La confessione giudiziale è di due specie: in senso proprio, essa è il riconoscimento incondizionato e generale del diritto preteso dall'attore davanti al magistrato (corrisponde alla *confessio in iure* del diritto romano) ed importa sostanzialmente decisione del giudizio, perchè ad essa segue la condanna: *confessus pro iudicato est* (1 D. 42, 2); in senso improprio, essa è la dichiarazione di fatti materiali che sono presupposto dell'azione.

Nell'un caso si ha il riconoscimento del *diritto*, nell'altro il riconoscimento di un *fatto*; il primo è vero riconoscimento, cioè è un atto volontario da cui scaturisce un'obbligazione nel confitente, il secondo invece non è che un semplice mezzo di prova; per l'uno è necessaria la capacità di disposizione nel confitente, per l'altro basta l'idoneità ad attestare ¹⁾.

Ora si è detto: la confessione giudiziale propria è un negozio astratto, indipendente dalla causa, che ha un effetto formale invariabile, l'obbligazione giudiziale del reo, la quale sussiste, nonostante che il diritto riconosciuto non esisteva ²⁾.

È vero questo? A me pare di no.

A rincalzare tale dottrina si è tratto argomento dall'ultimo c. v. dell'art. 1360: « La confessione non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto ». Ora, si dice, se anche la confessione di un debito falsamente supposto non è impugnabile per errore, come può negarsi che l'obbligazione del confitente sussiste per sè sola, come affermazione di volontà, la quale preclude ogni ricerca sulla causa?

Ma questo concetto è errato. Il riconoscimento giudiziale come atto volontario è soggetto a tutte le cause d'annullamento dipendenti da un vizio della volontà: errore, dolo, violenza. Nè la legge deroga a questi principii, perchè nell'articolo cit. non è detto che la confessione non può ritrattarsi *per errore di diritto*, ma *sotto pre-*

1) Vedi UNGER, *System des oest. Rechts*, II, § 127, S. 520, nota 7 e BEKKER, *Pandekten*, II, § 109, S. 244 e 250.

2) CROME, *Allgem. Theil der franz. Privatrechtswissenschaft*, § 31, S. 304.

testo di un errore di diritto. La legge ha voluto soltanto impedire che un confitente potesse sottrarsi alle conseguenze della sua imprudente dichiarazione, allegando di sconoscere gli effetti che da essa dipendevano; ma non ha voluto escludere che una dichiarazione emessa sotto l'influenza di un errore di diritto non fosse attaccabile. Il Ferrini ¹⁾, che propugna quest'opinione, dice che deve distinguersi l'errore, in quanto induce la falsa opinione dell'esistenza di un vincolo obbligatorio, dall'errore che si riferisce alle conseguenze giuridiche della confessione. Il primo è causa di nullità, l'altro no.

Quindi se io, credendomi falsamente obbligato, ho riconosciuto in giudizio il mio debito, e più tardi scopro un documento da cui risulta che il debito era estinto, io potrò impugnare la mia confessione per errore di diritto.

Anche qui dunque si tien conto della causa, ed il riconoscimento giudiziale non può sussistere se non poggia su una precedente obbligazione.

Questo risultato del resto è in armonia coi principii, perchè ove si ammettesse che il riconoscimento giudiziale può prescindere dalla causa, si verrebbe a rovesciare tutto l'edificio con tanta cura innalzato dalla legge di fondare tutti i rapporti obbligatori su base causale, perchè si potrebbe confessare in giudizio qualunque rapporto non sussistente, e così per via indiretta giungere a far conseguire effetti giuridici ad un negozio privo di causa.

Un riconoscimento negativo è insito nel contratto di *rimessione di debito*, il quale pure dal diritto germanico è ritenuto come un contratto formale.

L'obbligazione può esser estinta convenzionalmente, o che il creditore dichiari che il debito non esiste o che rilasci una quietanza in cui dica d'esser stato pagato.

Queste due forme di liberazione convenzionale contengono in sè un elemento astratto: cioè, il riconoscimento della *non esistenza* dell'obbligazione, e quindi vincolano il dichiarante come tale, senza venire in considerazione i motivi che diedero luogo alla dichiarazione stessa.

Il valore economico di questi contratti, corrispondente alle esigenze del commercio, riposa in ciò ch'essi escludono ogni tardivo attacco sui fondamenti materiali dell'estinzione ²⁾.

¹⁾ *Obbligazione*, n. 539, p. 894 (dall'*Enc. giur. ital.*).

²⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, S. 149, 664.

Ma ciò non può ammettersi nel diritto nostro.

L'estinzione d'un debito può avvenire anche sotto forma di contratto, ma come ogni contratto estintivo deve avere una causa. Il rilascio di quietanza d'altra parte non può considerarsi come un atto formale d'estinzione, ma come una semplice prova dell'avvenuto pagamento. Così la restituzione volontaria del titolo fatta al debitore non vale come annullamento formale del debito, ma come una semplice presunzione di liberazione (1279). La quale non è *iuris et de iure*, come a torto ritiene il Crome ¹⁾, ma *iuris tantum*, cioè è una supposizione che la legge fa valere come certezza provvisoria, finchè non si dimostri il contrario.

Così può dimostrarsi che il titolo che si trova in mano del debitore, fu smarrito dal creditore o gli fu sottratto, o egli lo consegnò per equivoco o per altra causa, per visione, per deposito, ecc. Del resto anche provata l'estinzione, non è detto che non possa dimostrarsi l'assenza di causa dell'estinzione stessa, come se si rimise il debito, in quanto il debitore cedeva alla sua volta un credito, che poi si dimostra inesistente.

Veniamo all'*indicazione di pagamento*.

L'indicazione è attiva o passiva, secondo che si indica la persona a cui il debitore può pagare in luogo del creditore, o la persona da cui il creditore può esigere invece del debitore.

L'indicazione consiste nell'autorizzazione concessa dal creditore al debitore di pagare ad un terzo, o dal debitore al creditore di riscuotere da un terzo. Essa si fa con il rilascio di un documento che serve di legittimazione al portatore. In questo rapporto figurano tre persone: indicante, indicato, indicatario.

Poichè l'indicazione non contiene che una facoltà, essa non importa alcun obbligo giuridico, però tende a provocare l'accettazione dell'indicato ²⁾. Se l'accettazione avviene, allora sorge un nuovo rapporto obbligatorio fra indicato e indicatario, per cui l'uno è costituito debitore personale dell'altro, indipendentemente dai rapporti anteriori all'indicazione. Chi accetta assume una promessa astratta ch'egli è tenuto ad adempiere, nonostante ch'egli dimostri di non esser debitore dell'indicante.

Questa soluzione invece non può accogliersi nel diritto nostro ³⁾.

¹⁾ *Allg. Theil*, § 31, S. 304. Vedi contro UNGER per l'articolo corrispondente del Codice Austriaco (§ 1428) (*System*, II, S. 583, nota 17) e HASENÖHRL, *op. cit.*, II, § 88, S. 577.

²⁾ ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, § 195, S. 878.

³⁾ N. COVIELLO, *La successione ne' debiti a titolo partic.* (Estr. dell'*Arch. giur.*), p. 34 e seg.

L'accettazione non può valere assunzione di un nuovo vincolo fra indicato ed indicatario, e perciò il primo può rifiutare sempre il pagamento. Egli resta soltanto personalmente obbligato verso l'indicante. Del resto anche che l'indicato accettando abbia esplicitamente promesso di pagare, questa nuova obbligazione non può vivere a sè, ma è sempre connessa col rapporto causale dipendente dall'indicazione.

Il contratto astratto per eccellenza riconosciuto dal diritto germanico è la *cambiale*, che simile alla *stipulatio* romana, è adatta a piegarsi a tutti i rapporti di debito e che ha acquistato nei tempi moderni un'importanza più decisiva per la sua facile circolabilità.

Occorre però studiarne la natura giuridica nel diritto nostro. A me pare che il contratto cambiario nel diritto italiano si mantenga sempre come un contratto nella sua essenza concreto. Ma questo punto è dibattutissimo.

Eppure ogni controversia dovrebbe venir meno di fronte al testo della legge. L'art. 251 c. comm., dopo avere elencato i requisiti di forma che deve rivestire il titolo cambiario, soggiunge: *Non è necessario che la cambiale indichi la valuta o la causa*. Ciò corrisponde al principio dell'art. 1120 c. c.: Il contratto è valido, *quantunque non ne sia espressa la causa*. Donde può indursi con arg. a contr. invincibile, che la legge dispensa soltanto dalla *indicazione* della causa, ma non dall'*esistenza* della causa. Anche il contratto cambiario per valere giuridicamente deve avere un fondamento causale, però non è mestieri che sia indicato. Viene di conseguenza che se l'obbligazione cambiaria manca di causa od ha una causa illecita, l'obbligazione è nulla. L'un contraente può opporre all'altro tale eccezione e fare respingere la domanda spiegata.

Tuttavia nell'interesse della celerità del commercio, è stato ristretto il numero delle eccezioni opponibili, limitandole a quelle che sono fondate su prova scritta e che sono liquide o di pronta soluzione (324 c. comm.). Se l'eccezione invece è dubbia e non facilmente dimostrabile, segue intanto provvisoriamente la condanna, salvo a discuterne con più agio in prosieguo del giudizio.

Ma il bisogno di tutelare la sicurezza della circolazione doveva indurre a più alti sacrifici. Perchè, mentre nei riguardi dei contraenti si limitano soltanto le eccezioni personali opponibili, riguardo ai terzi invece queste eccezioni sono escluse. L'obbligazione acquista un carattere formale ed indipendente dai rapporti da cui è nata: le eccezioni non circolano col titolo, esse non possono vul-

nerare il diritto dell'acquirente di buona fede ¹⁾. Il debitore cambiario, che secondo i principii potrebbe opporre le eccezioni d'inesistenza o d'illiceità della causa, si vede preclusa ogni difesa di fronte ai terzi portatori del titolo, la protezione della buona fede commerciale dà alla sua obbligazione un carattere astratto.

Segue perciò che la cambiale, che per natura sua è un contratto materiale, nei rapporti coi terzi assume la figura di un'obbligazione letterale ed autonoma.

Applicando questi principii si ha: che l'obbligazione illecita assunta sotto forma cambiaria è nulla nei rapporti fra i contraenti, salvo che l'eccezione non essendo fondata su prova scritta o non essendo di facile dimostrazione, il debitore non sia momentaneamente condannato a pagare: se poi la cambiale è stata messa in circolazione, l'eccezione non è proponibile di fronte ai terzi giratari di buona fede, ma il debitore costretto a pagare ha azione di regresso verso l'emittente ²⁾.

Dobbiamo infine parlare dei *titoli al portatore*.

Il titolo al portatore è un documento contenente l'obbligazione astratta di una prestazione al latore di esso.

Chiunque si presenta portatore del titolo è creditore e può esigere dall'emittente. Il credito si trova materializzato ed incorporato nella carta e si trasmette con la consegna del documento. Il titolo diventa un oggetto di valore che passa di mano in mano senza lasciar traccia delle trasmissioni, che può esser posseduto, smarrito, distrutto, rubato.

Sull'indole giuridica dei titoli al portatore ferve da lungo tempo

¹⁾ VIVANTE, *Tr. di dir. comm.*, IV, n. 1492.

²⁾ Cfr. A. Napoli 19 ottobre 1833 (*Gazz. Proc.* XXVIII, 142). Per l'art. 251 c. comm. non è necessario che la cambiale indichi la causa, ma questa per i principii generali sulle obbligazioni deve sempre esistere, e se è falsa ed illecita, ben ha facoltà l'accettante di un effetto cambiario di proporre l'*exceptio doli*, che può anche estendersi contro il terzo giratario consapevole della vera causa dell'obbligazione e partecipe della frode. A. Roma 5 febbraio 1897 (*Rep. Foro* 1897, *effetto cambiario*, n. 132). Può provarsi con testimoni che la causa per la quale fu rilasciato un effetto cambiario sia vietata dalla legge, come indennità per inadempimento di matrimonio. Tale prova è ammissibile anche contro il giratario, se la girata ebbe luogo dopo la scadenza, o se al medesimo sia opponibile l'*exceptio doli*, val quanto dire, possa provarsi che desso ebbe l'intenzione fraudolenta di togliere al firmatario il diritto di sollevare la surriferita eccezione. A. Trani 6 aprile 1889 (*Rep. Foro* 1889, *contratto*, n. 15). La causa illecita rende nulla l'obbligazione assunta con effetto cambiario. Quindi una cambiale rilasciata al fine d'indurre una donna a vivere in concubinato è colpita da nullità. A. Firenze 1 agosto 1866 (*Ann.* I, 2, 65). Il sottoscrittore di effetti commerciali, la cui vera causa è il giuoco, non può opporre il vizio della sua obbligazione al terzo portatore di buona fede.

la disputa, e le teorie finora escogitate sono quasi innumerevoli ¹⁾. Noi non possiamo che fugacemente accennare alle due principali dottrine che tengono il campo: l'una che ha riguardo nei titoli al portatore all'elemento *reale*, l'altra che prende in considerazione soltanto il lato *obbligatorio*.

La prima considera il titolo al portatore come una carta-moneta, ma evidentemente non bada che vi sono titoli al portatore che hanno per oggetto merci, e del resto sconosce il carattere essenziale della carta moneta che è quello di servire come mezzo di pagamento e di scambio e non di fondare un diritto di credito ²⁾.

La seconda dottrina invece vede nel titolo al portatore un documento di prova di un precedente rapporto obbligatorio. Ma sull'origine di questo rapporto gli scrittori si dividono: la teoria più diffusa ammette che l'obbligazione contenuta nel titolo nasca da contratto, un'altra opinione invece considera più esattamente l'obbligazione dell'emittente come una promessa unilaterale astratta.

Esaminiamo brevemente la teoria contrattuale. Il Savigny concepisce che l'emittente col mettere in circolazione i titoli, conchiude un contratto *cum incerta persona*: il creditore resta in sospenso ed ignoto, finchè non si presenta col titolo per il pagamento; allora soltanto il contratto si perfeziona ed il prenditore acquista un diritto originario.

Ma a parte la singolarità che la presentazione del titolo sarebbe contemporaneamente il modo di costituzione e di estinzione del rapporto, la ragione che fa respingere in modo assoluto questa teoria è che il contratto *cum incerta persona* è un impossibile giuridico, poichè non può aversi accordo attuale di volontà, quando uno dei contraenti è sconosciuto.

Altri scrittori invece pensano che il contratto interceda originariamente fra l'emittente ed il primo prenditore, e che tutti i portatori successivi acquistano un diritto derivato.

Ciò però non spiega come possa avvenire questa cessione con la semplice consegna del titolo e senza le formalità dettate imperativamente dalla legge per tale istituto, nè risolve il quesito perchè il debitore non può opporre le eccezioni personali a tutti i successivi cessionari del credito. Qui la dottrina ha fatto degli sforzi per superare l'ostacolo, ed ha immaginato che nel contratto originario

¹⁾ Vedi un'ampia ed accurata revisione critica della dottrina in BRUSCHETTINI, *Titoli al portatore*, p. 193 e seg.

²⁾ HASENÖHRL, *op. cit.*, II, § 58, S. 21.

interceduto fra emittente e prenditore, il primo rinunzia tacitamente ad opporre le sue eccezioni personali e concede la facoltà al prenditore di poter trasmettere il credito con la semplice tradizione del documento. Veramente, quest'ultima concessione è strana: poichè, come può il privato creare un modo nuovo di trasmissione derogando alla legge che ha imposto delle formalità per tali trasferimenti, fra cui alcune d'ordine pubblico, come l'obbligo della intima-zione stabilito nell'interesse dei terzi?

Questa costruzione si mostra perciò stentata ed immaginaria. Nulla prova infatti che vi furono tutti questi patti taciti e rinunzie implicite ed è anche fantastico lo stesso contratto originario. Ma quando una Banca emette in massa e getta sul mercato delle migliaia di titoli, con chi contrae? Ed ancora: se prima di mettersi in circolazione, dei titoli sono smarriti, il possessore non ha diritto di andarli a riscuoterli?

L'opinione quindi più giusta e corrispondente alla realtà dei fatti è che il titolo al portatore contenga un'obbligazione unilaterale.

Quest'opinione è stata sostenuta anche recentemente in Italia dal Bruschetti.

Però l'efficacia di questa promessa deve *eccezionalmente* riconoscersi *nei soli casi* stabiliti dalla legge; poichè è principio fondamentale del nostro diritto privato che la promessa unilaterale non obbliga.

Infatti l'art. 1097 espressamente dichiara che l'obbligazione può nascere o dalla legge o da contratto o quasi contratto o da delitto o quasi delitto.

È escluso che l'obbligazione possa sorgere da una semplice dichiarazione unilaterale di volontà ¹⁾.

¹⁾ Dissento quindi dal BRUSCHETTINI, il quale nel suo pregevole lavoro già citato, crede che il sistema del diritto vigente riconosce anche la dichiarazione unilaterale di volontà come una fonte d'obbligazione (pag. 251). Egli giunge a questo risultato, argomentando da vari casi che a parer mio non hanno alcuna influenza sulla questione e che si spiegano diversamente.

Egli cita anzitutto l'esempio dell'offerta contrattuale, la quale obbliga eventualmente il proponente a risarcire il danno, nel caso che la revoca giunga a notizia del destinatario quando già egli aveva impresso l'esecuzione. — Ma ciò non prova che la proposta è vincolante, tanto che è sempre *revocabile*, fino a che il contratto non è concluso. Se l'offerta fosse obbligatoria si dovrebbe avere come conseguenza l'obbligo all'*adempimento*, non al *risarcimento*. Invece il proponente è libero di mutar volontà e revocare l'offerta sino all'istante in cui il contratto non si perfeziona. L'obbligo del risarcimento ha una causa diversa. Si vuole compensare il destinatario dell'interesse negativo ch'egli soffre per aver creduto alla proposta. Quest'obbligo di riparazione è fondato, secondo l'HERING, in una *culpa in contrahendo*, poichè il pro-

Quindi per la nascita di un titolo al portatore è necessaria una norma giuridica che conceda tale potere; così sono valide le azioni di società commerciali, le cartelle fondiari, agrarie, ecc., perchè vi sono leggi che le autorizzano.

ponente non doveva con leggerezza risolversi ad un' offerta che destava la legittima aspettativa d'un altro, per poi revocarla subito; altri vede invece un caso di colpa aquiliana: v'è poi chi mette a fondamento di questa regola la protezione della buona fede del commercio, ecc. Ma qualunque sia la ragione che voglia accogliersi, è certo però che quest'obbligo non deriva per ciò che l'offerta è obbligatoria, anzi è un effetto che si commette logicamente colla non obbligatorietà della proposta.

— Il Bruschetini poi ricorda il caso in cui l'offerente concede al promissario un tempo per la risposta. Qui, egli dice, *indipendentemente da ogni accordo di volontà*, l'offerente è vincolato alla propria parola per quel tempo ch'egli stesso ha fissato. — No, *indipendentemente da ogni accordo*. Perchè il proponente coll'apposizione di un termine rinuncia implicitamente al diritto di revoca durante quel tempo, e questa rinuncia costituisce una *nuova proposta* che si aggiunge alla principale e che diventa obbligatoria, tosto che giunge a notizia del destinatario (ult. c. v. art. 36 c. comm.). Alla proposta principale accede qui un contratto unilaterale d'*indennità*. Perciò l'obbligazione dell'offerente a non revocare è obbligazione contrattuale, non unilaterale. E la revoca che avvenisse in violazione dell'accordo, costituirebbe una colpa contrattuale. — Altri esempi: i contratti conchiusi fra i privati e lo Stato non sono obbligatori per quest'ultimo, se non dopo l'approvazione del Ministero e la registrazione alla Corte dei Conti; ma il privato resta vincolato fin dal momento in cui ha sottoscritto la stipulazione. Ora qui si ha un contratto che ancora non esiste, eppure sorge l'obbligo nel privato il quale ha per base la semplice sua dichiarazione di volontà. — Ma ciò non è esatto. Il contratto esiste ed è soltanto la sua efficacia sospesa fino all'approvazione del dominus. Il *negotium claudicans* è un negozio esistente, anche prima della ratifica, perchè completo in tutti i suoi requisiti obbiettivi. Esso è soltanto un negozio *imperfetto*, perchè manca la volontà del rappresentato, ma appena questa interviene con l'approvazione, e viene quindi ad integrarsi quell'elemento subbiettivo mancante, il contratto acquista efficacia con forza retroattiva. Tale contratto può paragonarsi al contratto condizionale, sebbene non sia tale; poichè qui non si subordina il volere ad una determinata circostanza, ma manca addirittura il volere del terzo: il gestore (Comune, Provincia) agisce spontaneamente, di sua iniziativa. Così questo contratto assume una fisionomia tutta particolare, è come un negozio *in aspettazione*, in cui è gettato il materiale d'una possibile futura rappresentanza e che attende la ratifica del *dominus* per acquistare efficacia fin dall'origine (V. UNGER, *System*, II, S. 167; PACCHIONI, *Gestione degli affari altrui*, p. 495 e seg.; COVIELLO, *Trascrizione*, II, p. 98-99). Quanto poi ai contratti conchiusi da minori emancipati, donne maritate, inabilitati, ecc., senza le debite forme autorizzative, essi non sono contratti *inesistenti*, ma semplicemente *annullabili*. Cioè il contratto esiste per entrambi i contraenti, ma da una parte l'obbligo non è *validamente* assunto e può essere annullato. — Resta ancora a vedere se la promessa per pubblici proclami sia una promessa unilaterale obbligatoria. Nessun dubbio per il diritto austriaco e germanico, dove è espressamente riconosciuta, e quindi di nessun valore per noi la dottrina tedesca che si fonda sul testo della legge. Ma nel diritto nostro come può dirsi lo stesso, quando è invece testualmente sancito che l'obbligazione può nascere soltanto dal *contratto*, non dalla volontà unilaterale? Piuttosto è applicabile il 1.^o c. v. dell'art. 36, poichè trattandosi qui d'una proposta di cui il proponente richiede l'esecuzione immediata, il contratto si perfeziona, quando l'altra parte ne ha impresso l'esecuzione. Ne importa

Ma sono nulli i titoli civili al portatore, poichè il diritto nostro non accorda efficacia alle semplici promesse unilaterali. Se questo risultato non corrisponde allo spirito ed alle esigenze dei tempi nuovi, è questione da risolversi *de lege condenda* ¹⁾.

128. Esaurito l'esame particolare dei vari casi, in cui altre legislazioni ammettono contratti astratti o formali, veniamo alla conclusione.

Il diritto nostro non conosce che contratti materiali o concreti: perciò qualunque sia la forma che assume il negozio illecito, la sanzione della nullità segue sempre inesorabile.

L'indagine della causa è in ogni caso consentita, salvo le limitazioni riguardo alla cambiale, intese a proteggere la buona fede dei terzi.

Per i titoli al portatore la questione non può sorgere, perchè l'emissione non è in libertà dei privati, e quanto alle trasmissioni successive si applicano i principii ordinari, per cui la tradizione deve sempre avere un fondamento causale.

Sez. II.

PURIFICAZIONE DELL'ILLICEITÀ NEI NEGOZI CONDIZIONATI MORTIS CAUSA.

129. Gli effetti della illiceità che abbiamo finora esaminato riguardano sia i negozi tra vivi, sia i negozi *mortis causa*. Però per quest'ultimi, quando la illiceità è riposta in una condizione, non si ha l'effetto normale della invalidità di tutto il negozio, ma invece la eliminazione della parte illecita che lascia incolume il resto dell'atto. La disposizione che per la prestazione illecita cui è subordinata, dovrebbe cadere nel nulla, *favorevolmente* è reputata valida, cioè la di-

che il proponente sappia o no colui che ha accolto la sua proposta, perchè il contratto diventa perfetto anche senza questa notizia; e quindi se si può provare che un terzo aveva già impresso l'esecuzione in un tempo anteriore alla revoca, questa è inefficace, perchè il contratto era già concluso, ed il concorrente può esigere il premio.

Tralasciamo per brevità gli altri casi minori accennati dal Bruschetini, a cui si può dare anche risposta, riaffermando il principio che per il diritto nostro la dichiarazione unilaterale di volontà non obbliga.

1) Per la nullità dei titoli civili al portatore vedi due note di GABBA nel *Foro Ital.* 1891, I, 385 e 1892, I, 844, CHIRONI in *Giur. ital.* 1892, IV, 129, COVIELLO, *SucceSSIONE NEI DEBITI*, p. 163 — per la validità, GIORGI (*Foro ital.* 1891, I, 1), SERAFINI (*Giur. ital.* 92, I, 83), VIVANTE, *Dir. comm.*, II, n. 912, GALLUPPI, *Titoli al portatore*, n. 148, BRUSCHETTINI, *Titoli al portatore*, n. 494 e seg.

chiarazione d'ultima volontà *si purifica* da quel carattere turpe che riveste e produce effetti giuridici (849). La condizione aggiunta *vi-tiatur, sed non vitiat*.

Questo singolare trattamento degli atti *mortis causa* che risale al diritto romano è stato in ogni tempo oggetto di numerose discussioni fra gli interpreti, che si sono sforzati di trovarne la giustificazione, riuscendo spesso ad opinioni strane e arbitrarie. Così, taluno per spiegarlo ha supposto un difetto di capacità mentale nel testatore, altri una mancanza di serietà nella disposizione, dicendo che la condizione *turpis* doveva cancellarsi come scherzosa e non voluta: qualcuno ha opposto che non potesse considerarsi che un testatore vicino a morire avesse avuto voglia di scherzare, ma che piuttosto fosse da presumere che aggiungendo la condizione viziosa egli fosse caduto in errore, di cui non si accorse e di cui non poteva essere avvertito, disponendo solo, e che quindi bisognasse scusare questa sua inesattezza e correggerla eliminando la condizione; il Vinnio, seguendo questa dottrina, rincalza dicendo che ad ogni modo il legatario che non ha colpa non deve esser vittima di quest'errore; Donello invece sostiene che in una disposizione condizionata, la volontà principale è quella di fare una liberalità, di attribuire dei beni per dopo la morte a qualche persona, e questa volontà principale deve prevalere di fronte ad una condizione accessoria ed accidentale viziosa, la quale verrebbe a travolgere nel nulla l'atto, e che quindi deve cancellarsi questa per salvare la disposizione intera.

Tutte queste diverse ipotesi, tentate per spiegare questo trattamento degli atti *mortis causa*, sono raggruppate dal Sell ¹⁾ in tre principali, cioè il fondamento della cancellazione delle condizioni impossibili o *turpes* è poggiato:

- o sulla presunta volontà del disponente,
- o sul giuridico favore delle disposizioni d'ultima volontà,
- o per un *odium* contro il testatore.

Quest'ultima opinione è sostenuta da pochi ²⁾, ed è completamente da rigettarsi.

La dottrina poi che vuole ricondurre alla volontà del testatore l'eliminazione delle condizioni illecite, si riduce ad uno sforzo illogico; perchè voler sostenere che il testatore disponendo condizionatamente, abbia in primo luogo voluto disporre e subordinata-

¹⁾ *Lehre der unmögl. Bedingungen*, S. 38.

²⁾ Così il BRUSSELLIUS, *Tract. de cond.* (cit. ivi).

mente voluto aggiungere una determinazione accessoria, è disconoscere l'essenza della condizione, la quale fa dipendere l'intero negozio dall'avveramento della circostanza condizionata, ed il voler cancellare la condizione non è un seguire presuntivamente la volontà del *de cuius*, ma un violare apertamente la chiara intenzione di lui. A voler effettuare la volontà del testatore, osserva il Scheurl, non la condizione, ma tutto il testamento dovrebbe annullarsi.

Resta dunque come spiegazione il favore giuridico per le disposizioni *mortis causa*, ma anche su questo punto vi sono dubbi. Come ragioni di questo favore si sono addotte, la speciale condizione in cui si trova il testatore nel dettare il testamento, l'interesse a mantenere le sue disposizioni, l'interesse dei legatari a conseguire i vantaggi disposti, il carattere religioso e solenne del testamento, la pietà verso il defunto, ecc.

Il vero è, che una spiegazione razionale di questo principio, come nota l'Ennecerus ¹⁾, è semplicemente inammissibile, e già lo confessava Gaio: *et via idonea diversitatis ratio reddi potest*, ma soltanto può giungersi ad un risultato mercè la indagine storica.

Questa ha tentato in ultimo l'Hofmann ²⁾ ed io mi limiterò a riassumere brevemente il frutto delle sue ricerche.

Egli comincia dall'avvertire che nelle fonti si trova spesso accennato ad uno speciale favore con cui sono trattate le disposizioni d'ultima volontà, principalmente nel fr. di Paolo (5 D. 29, 3). « *Publice enim expedit suprema hominum judicicia exitum haberi* » ³⁾.

Questo favore del testamento non si spiega col rispetto della reale volontà del testatore, che fu un pensiero estraneo al sistema giuridico romano, il quale nel suo sviluppo tante volte andò contro la volontà del disponente (prelegati, regola Catoniana, ecc.), ma si spiega per un interesse pubblico (*publice expedit*), per il rispetto concesso all'ultima volontà *in abstracto*, come tale.

Il favore testamentario non tende a realizzare la volontà concreta del testatore, ma a tener fermo il testamento per sè, come istituto giuridico.

Questo spiega perchè, se ad un'istituzione d'erede è aggiunta una condizione impossibile od illecita, la condizione si cancella e resta in piedi l'istituzione, la quale si vuol mantenuta ad ogni costo, perchè

¹⁾ *Suspens. Beding.*, S. 116.

²⁾ HOFMAN, *Kritische Studien im Röm. Recht*, Wien 1885, ABHD. IV, *Favor testamentorum*.

³⁾ Cfr. il tit. D. 29, 4; L. 19, D. 28, 2; L. 6 D. 11, 1, ecc.

un cittadino non muoia intestato, ciò che presso i Romani era disonorevole, come segno d'inopia.

Il *favor testamentorum* arriva però soltanto a giustificare la cancellazione delle condizioni nella istituzione d'erede: sul qual punto del resto non è dimostrato che vi sia stato disaccordo fra i giureconsulti, perchè il noto fr. di Gaio parla della cancellazione delle condizioni nei legati, dove il *favor testamentorum* non ha applicazione, perchè anche la nullità di un legato lascia in piedi il testamento ch'era fondato invece sull'istituzione d'erede.

Ma come si spiega allora che questo favore fu per estensione accordato ai legati?

L'Hofmann qui ricorda che nel diritto romano accanto al *favor testamentorum*, in senso proprio, obbiettivo, è riconosciuto anche un favore per l'*acquisto* dai testamenti. Il desiderio di essere arricchito per disposizioni d'ultima volontà era nel popolo romano così diffuso e potente che si credettero necessarie una quantità di disposizioni contro la captazione e le falsificazioni dei testamenti. I giuristi romani ebbero sempre più riguardi per il chiamato che per il testatore, e sacrificavano volentieri questi, se per la sua frivoltà o *insidiosa voluntas*, dovesse soffrirne il legatario. Perciò essi cancellavano sempre tutte le condizioni impossibili o immorali vizianti la disposizione, ammettendo l'onorato a godere del beneficio.

Questo in sostanza il succo del lavoro dell'Hofmann, il quale poi fa altre applicazioni del *favor testamentorum* al principio *nemo pro parte testatus*, al trattamento dell'istituzione *ex re certa*, ecc., ma che non interessano al nostro tema.

Con questa spiegazione storica può conciliarsi anche l'interpretazione dell'Alibrandi ¹⁾, circa il modo con cui si venne a diffondere e prevalere il principio della cancellazione delle condizioni impossibili ed illecite nei testamenti. Questa prevalenza si ebbe più nella pratica, che perchè teoricamente si riconoscesse la giustificatezza del principio. E vi diede occasione un responso d'indole speciale, probabilmente d'Alfeno, in cui le circostanze del caso erano tali da supporre che il testatore non avesse conosciuta l'impossibilità, perchè ove l'avesse conosciuta, non avrebbe certamente apposta la condizione, per cui fu dichiarato che la condizione si considerasse come non scritta: questa decisione, applicata in casi analoghi, si venne sempre più a diffondere e rendere comune, aiutata da quel favore

¹⁾ PORENA, *Giornale di giur. teorico-pratica*, I, p. 475.

per l'acquisto *ex causa testamentaria* che fu una tendenza spiccata del diritto romano.

Intanto dobbiamo fare un'osservazione.

Gli scrittori, trattando della cancellazione delle condizioni nei testamenti, parlano contemporaneamente delle condizioni impossibili ed illecite, dicendo per entrambi esservi stata controversia fra Sabini e Proculeani, e che infine prevalse il sistema di ritenerle come non apposte: *pro non scriptis habentur* (14 D. 18, 7).

Senonchè questa opinione non è esatta, perchè le fonti ricordano bensì una controversia fra le due scuole intorno alle condizioni impossibili (3 D. 35, 1), ma non intorno alle condizioni illecite. Nè può farsi una parificazione fra esse.

Invece è più corretta la dottrina che ritiene le condizioni illecite non *ipso iure* nulle, ma soltanto venir *rimesse* dal Pretore: « *Conditiones quae contra bonos mores inseruntur remittenda esunt* (L. 9 D. *de cond. inst.* 28, 7). Marcellus ad Iul. libro vigentesimo septimo Digestorum notat: *Quae sub conditione jurisjurandi relinquuntur, a Praetore reprobantur* » (L. 84 D. h. t.). Il Pretore cioè, per evitare il pericolo della illiceità che poteva derivare da tali condizioni, disobbligava il legatario dall'adempirle e faceva valere la disposizione come *incondizionata*.

La ragione però di tale remissione ha lo stesso fondamento della cancellazione delle condizioni impossibili e può ricondursi sempre al favore per gli acquisti *ex causa testamentaria*.

Questa regola si mantenne anche nel diritto intermedio, e fu accolta dal diritto francese, che la esagerò, estendendola erroneamente alle donazioni, e finalmente si trova nella forma pura del diritto classico romano, anche nel nostro Codice.

130. Sorge però qualche dubbio nel modo d'applicazione del principio.

Si dice: la norma indicata dall'art. 849, per cui nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi ed al buon costume, è una norma di diritto singolare, introdotta eccezionalmente per uno speciale favore dei testamenti, e tale che se ne debba restringere l'applicazione?

Qui risponde benissimo il Fadda ¹⁾, che nello spirito della nostra legge, tanto è normale in materia testamentaria il disposto dell'articolo 849, quanto lo è nel campo delle obbligazioni il principio dell'arti-

¹⁾ Traduzione annotata delle *Pandette* di WINDSCHEID, disp. 38, p. 977.

colo 1160, e che non vi è ragione per sostenere con lo Scialoja ¹⁾ che le limitazioni da lui affermate per il diritto romano, possano per via d'interpettazione introdursi nella nostra legge, la quale ha formulato la regola in modo troppo lato.

L'interprete non può restringere arbitrariamente la parola della legge, la quale, indipendentemente dalle ragioni che l'hanno ispirata, assume nella codificazione un significato obbiettivo, che deve esser rigidamente osservato. Del resto, il principio introdotto nel nostro Codice non è la riproduzione fedele della regola romana, ma è anche il risultato della lunga elaborazione che ha subito attraverso il diritto intermedio.

Nè credo esatta l'opinione già combattuta, che vede in questa regola una presunzione *iuris* della verosimile intenzione del disponente, il quale volle in principal modo donare e subordinatamente imporre la condizione, cosicchè ove questa presunzione fosse smentita dalle circostanze del fatto, dovrebbe ritenersi la disposizione intera come nulla.

Io non so come possa distinguersi, quando la condizione sia la causa unica determinante della liberalità, e quando invece sia una causa secondaria ed accidentale.

Perchè delle due l'una: o non si tratta di vera condizione, ed allora il principio non si applica, o si tratta di condizione, ed allora *in tutti i casi* la volontà condizionata è inscindibile: chi lega, subordinando il legato ad un'azione del legatario, *non vuol legare*, se quest'azione non si compie. Il principio dell'art. 849 per la sua tradizione storica dimostra che è per sè stesso una violazione dell'intenzione del disponente, ed è quindi inesatto il voler suddistinguere e concepire delle disposizioni condizionate in cui la volontà di donare è predominante e la condizione apposta è un accessorio eliminabile. Ciò risente dalla falsa concezione storica con cui si è voluto spiegare il principio della cancellazione delle condizioni turpi nei testamenti.

Ammetto, che di fronte ad una condizione impossibile od illecita si debba indagare anzitutto se il testatore dispose seriamente e coscientemente: « prius inspiciendum est ne homo qui talem condicionem posuit, neque campos mentis esset » (27 D. 28, 7), ma questo è un principio comune che si ricollega ai requisiti essenziali di ogni dichiarazione di volontà. Ma quando è accertato che il testatore era sano di mente e volle sul serio subordinare il legato alla condizione illecita, non può distinguersi tra volontà principale e volontà accessoria.

¹⁾ Bull. dell'Ist. di dir. R. VIII, p. 36.

ria, e dichiarare secondo i casi, ora nulla l'intera disposizione ed ora valida, cancellando la condizione, perchè allora il principio stabilito dalla legge per motivi certo indipendenti dall'interesse delle parti ed in opposizione alla presunta volontà del testatore, perderebbe ogni efficacia.

Ma vi è un caso estremo che ha fatto tentennare i più risoluti ad ammettere in tesi il principio.

Tizio istituisce erede sotto una condizione illecita ed ordina che ove questa sia dichiarata tale e quindi l'onorato non debba adempierla, s'intenderà l'istituzione come nulla.

Qui, si osserva, la volontà del testatore è espressa: egli vuole assolutamente subordinare il lascito alla condizione, ed ove questa non si avveri, dichiara la inefficacia della disposizione. Quindi è inapplicabile il principio dell'art. 849.

Con tutto il rispetto dovuto agli Autori che sostengono questa soluzione, a me pare ch'essa non sia coerente col sistema del nostro Codice.

1) Perchè il principio dell'art. 849 non si fonda sulla presunta volontà del testatore, ma è un principio che s'impone alla contraria volontà di lui. Il nostro diritto ereditario che normalmente favorisce la *voluntas testatoris*, qui per una tradizione storica conservatasi nella nostra legge, viola la intenzione del testatore dichiarando non scritte le condizioni apposte.

2) Perchè questo dettato imperativo come ha luogo di fronte alla volontà tacita del disponente, così deve avere efficacia anche contro la volontà espressa.

3) Il principio della purificazione delle disposizioni testamentarie delle condizioni illecite è un *ius cogens* e non una norma d'indole suppletoria e dispositiva¹⁾.

4) Ammettendo che il testatore potesse minacciare validamente la nullità del legato per l'inadempienza della condizione illecita, si eserciterebbe un incitamento troppo forte e troppo efficace verso l'onorato, il quale sarebbe indotto coercitivamente a compiere l'azione turpe ed illegale, sapendo di perdere in caso diverso la liberalità.

Del resto la questione è stata legislativamente risolta, sebbene in un caso speciale (Legge sulle istituzioni di pubbl. beneficenza 17 luglio 1890, art. 103), ma da cui può tuttavia indursi il pensiero della legge che è quello di lasciare senza effetto tutte le clausole di nullità e di decadenza che mirano colla minaccia di un danno ad ottenere un risultato proibito.

1) ZACHARIA-CROME, IV, p. 364, n. 1.

131. Giunti al termine del nostro lavoro, è utile raccogliere le fila e condensare in pochi principii i risultati ottenuti.

I. Il negozio illecito dipende dalla violazione di una *lex prohibitiva perfecta*, o della morale sociale o dell'ordine pubblico.

Il concetto di legge proibitiva perfetta limita il campo dell'illecito ed esclude tutte quelle proibizioni che sono state dettate per un interesse particolare dei privati o per un interesse amministrativo o fiscale o per altra ragione non riguardante l'universalità dei cittadini, e che hanno una sanzione più debole nella rescindibilità del negozio o in una misura disciplinare o in una pena pecuniaria. Quindi è erronea l'opinione del Merlin di considerare ogni legge proibitiva come causa di nullità del negozio, ed è esagerata la formulazione della *Lex non dubium* di Teodosio II, che dichiara indistintamente l'inefficacia di tutti i negozi proibiti.

Il concetto dei buoni costumi ricondotto e caratterizzato come la morale attualmente sentita e praticata da tutta la società, fa scansare le esagerazioni di ritenere come illeciti i negozi che presentano soltanto un urto alla delicatezza e correttezza della condotta umana, o che offendano soltanto la morale ideale, sognata dai pensatori, la morale dell'avvenire. Perciò abbiamo ritenuto valido il prossenetico matrimoniale, il quale, sebbene turbi l'alta idealità del matrimonio, facendolo decadere e mettendolo al grado di ogni altro contratto, pure non desta uno scandalo nella coscienza generale.

Il concetto dibattutissimo dell'ordine pubblico è stato obbiettivamente identificato con quello dell'*ius cogens*, di diritto imperativo. La ricerca storica ci ha fornito i mezzi per riconoscere che questa figura dei Codici moderni non è che una filiazione dell'*ius publicum* romano, e l'analisi esegetica dei nostri testi ci ha confermato, che in tanto vi può essere violazione d'ordine pubblico, in quanto vi è deroga ad una legge imperativa. Così si scansano quelle incertezze e si evita quel baratro spaventevole di arbitrario lasciato al giudice, quando si voglia intendere, come fa il Laurent, l'ordine pubblico come sinonimo d'interesse sociale. Sono quindi validi tutti quei contratti generalmente dichiarati inefficaci dalla giurisprudenza francese, i quali, senza urtare o derogare ad un *ius cogens*, violano un preteso principio d'interesse pubblico. In questa categoria devono raggrupparsi quelli che offendono più o meno direttamente la libertà del commercio o dell'industria.

II. Perchè l'illiceità possa interessare l'ordine giuridico bisogna che assuma una di queste tre forme, cioè, o che cada nell'oggetto del negozio, o nella causa, od in una condizione. Fuori di questi tre

modi, che ci dànno lo schema formale e strutturale del negozio illecito, non vi può essere illiceità in senso giuridico.

La prima forma abbraccia tutti i negozi che sono espressamente proibiti o che impongono una prestazione illegale, immorale o contraria all'ordine pubblico.

La seconda non è che un derivato della prima. Abbiamo visto che tutti i negozi causalmente illeciti presuppongono un negozio anteriore turpe od illegale, su cui si fondano, e da cui ricevono per riflesso l'illiceità. Che perciò la donazione, in cui la causa s'identifica con l'*animus donandi*, non può essere inefface, se determinata da motivi turpi: applicazioni nel caso di compensi fatti alle concubine.

Che, infine il negozio condizionato è illecito, se spinge obbiettivamente ad una illiceità, mercè l'attrattiva di un vantaggio o la minaccia di un danno, oppure se mette in relazione col guadagno una prestazione pura e delicata che non può stare in tale rapporto, senza essere offesa dal sospetto di corruzione, come il sentimento religioso. Quindi abbiamo escluso, contrariamente al Windscheid, dalle condizioni illecite, quelle che influiscono soltanto sulla libertà di decisione in certe sfere della volontà umana che dovrebbero esser lasciate libere da ogni incentivo esterno. Così, abbiamo ritenute valide le condizioni di sposare o di abbracciare una data professione o carriera, od assumere un qualche stato sociale, le quali, se influiscono sul volere dell'onorato, non costringono però o vincolano in alcun modo la sua libertà.

III. Delineato e circoscritto rigorosamente il campo del negozio illecito, abbiamo rilevato non esser cause d'illiceità le circostanze che accompagnano il contratto, l'intenzione delle parti ed i mezzi cui può servire indirettamente il negozio, come fomite od occasione ad un comportamento turpe.

Così riteniamo inaccettabile l'opinione del Dernburg ¹⁾, il quale sostiene che nella questione della immoralità di un negozio, devono necessariamente prendersi in considerazione i motivi determinanti e manifesti di esso, e l'opinione dell'Hasenöhr ²⁾, il quale giudica il negozio invalido se i motivi illeciti di esso siano riconoscibili o conosciuti dall'altro contraente, e l'opinione del Kohler ³⁾, il quale ammette che se Tizio ha mutuato del denaro, sapendo che dovrà servire per l'erezione di una casa di tolleranza o per esser dissipato in pia-

1) *Pandekten* ⁶, II, § 16, nota 18.

2) *Oesterr. Obligationenrecht*, I, S. 426.

3) *Archiv für bürg. Recht*, vol. V, S. 200.

ceri, non può ripeterlo, e se un giovane compra a credito un *collier* di gioie per la sua amante ed un usuraio presta fideiussione per tale debito, questi non abbia azione di regresso contro il giovane obbligato.

In tutti questi casi, vi è un negozio che riveste un carattere immorale o per l'intenzione dei contraenti o per le circostanze che l'accompagnano, ma il diritto non può e non deve preoccuparsi di questi motivi psicologici del contratto o delle lontane ripercussioni ch'esso può avere nel campo dell'immoralità ¹⁾.

Quindi credo anche inesatta la deduzione del Kohler, di ritenere cioè il contratto ora invalido per entrambe le parti, se tutte ebbero conoscenza dello scopo immorale, ora nullo soltanto unilateralmente, se uno dei contraenti era di buona fede.

L'intenzione delle parti comunque visibile o turpe non può mai inficiare il negozio, salvo che non consista in una complicità delittuosa, come se uno presta scientemente un'arma per uccidere o fornisce delle somme per corruzione elettorale, nel qual caso il contratto è obiettivamente invalido, perchè proibito.

Questa delimitazione precisa e sistematica del campo dell'illecito mette un freno alle indagini del giudice, il quale è legato nel suo apprezzamento, e non può fare inchieste psicologiche, ricercando la illiceità fuori del contenuto del contratto. All'incontro il diritto germanico non ha imposto al giudice un limite teorico ed obiettivo, ma soltanto un criterio pratico, concreto, sperimentale ²⁾: il giudice decide della immoralità del negozio secondo le esigenze della morale generale, negando protezione giuridica a quei contratti, i quali anche in sè stessi non illeciti, pure per le circostanze in cui sono conchiusi o per i fini turpi dei paciscenti rivestono un carattere esterno contrario ai buoni costumi. Ma questo criterio pieghevole e variabile è un'arma pericolosa in mano del giudice, e può riuscire di danno alla sicurezza del commercio, come riesce certo ad incoerenze teoriche ³⁾.

¹⁾ Così fu ritenuta esattamente la validità di un contratto conchiuso con un maestro di scherma per ottenere delle lezioni preparatorie ad un duello (*Legge*, 1888, II, 243).

²⁾ SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, p. 262 e seg.

³⁾ Il VON BLUME (*Zur Lehre v. den durch Drohung erzwungenen Willenserkl.*, in *Ihering's Jahrb.* 1898, S. 221-264) ha dimostrato la disarmonia esistente nel Codice germanico, il quale ritiene ora nulla la promessa estorta con violenza, come sfruttatoria, ed ora semplicemente annullabile. Così si ha il singolare risultato che la violenza produce contemporaneamente nullità e annullabilità, secondo l'autore di essa voleva o no sfruttare il violentato. Questo rimprovero invece non può muoversi al Codice nostro.

IV. La reazione giuridica contro il negozio illecito consiste nel rifiuto di effetti giuridici al negozio vietato. L'atto si considera come *infectus*, e quindi lascia immutata la posizione giuridica anteriore nelle relazioni e nei diritti dei contraenti.

Non influisce l'errore e la *scientia* delle parti della violazione compiuta, nè la forma, di cui il negozio illecito è rivestito, perchè l'indagine della causa è sempre ammessa, poichè il diritto nostro non conosce contratti formali.

Trattandosi di negozio *contra bonos mores*, già eseguito e consumato, quando il prestante od entrambe le parti versano in turpitudine a titolo di pena è esclusa la ripetizione del dato, poichè la giustizia non può aiutare colui che l'ha offesa e si è reso indegno del soccorso giuridico.

Questo principio della irripetibilità, nel diritto nostro non espressamente sanzionato, è stato indotto da noi in base alla tradizione storica, per via d'analogia.

